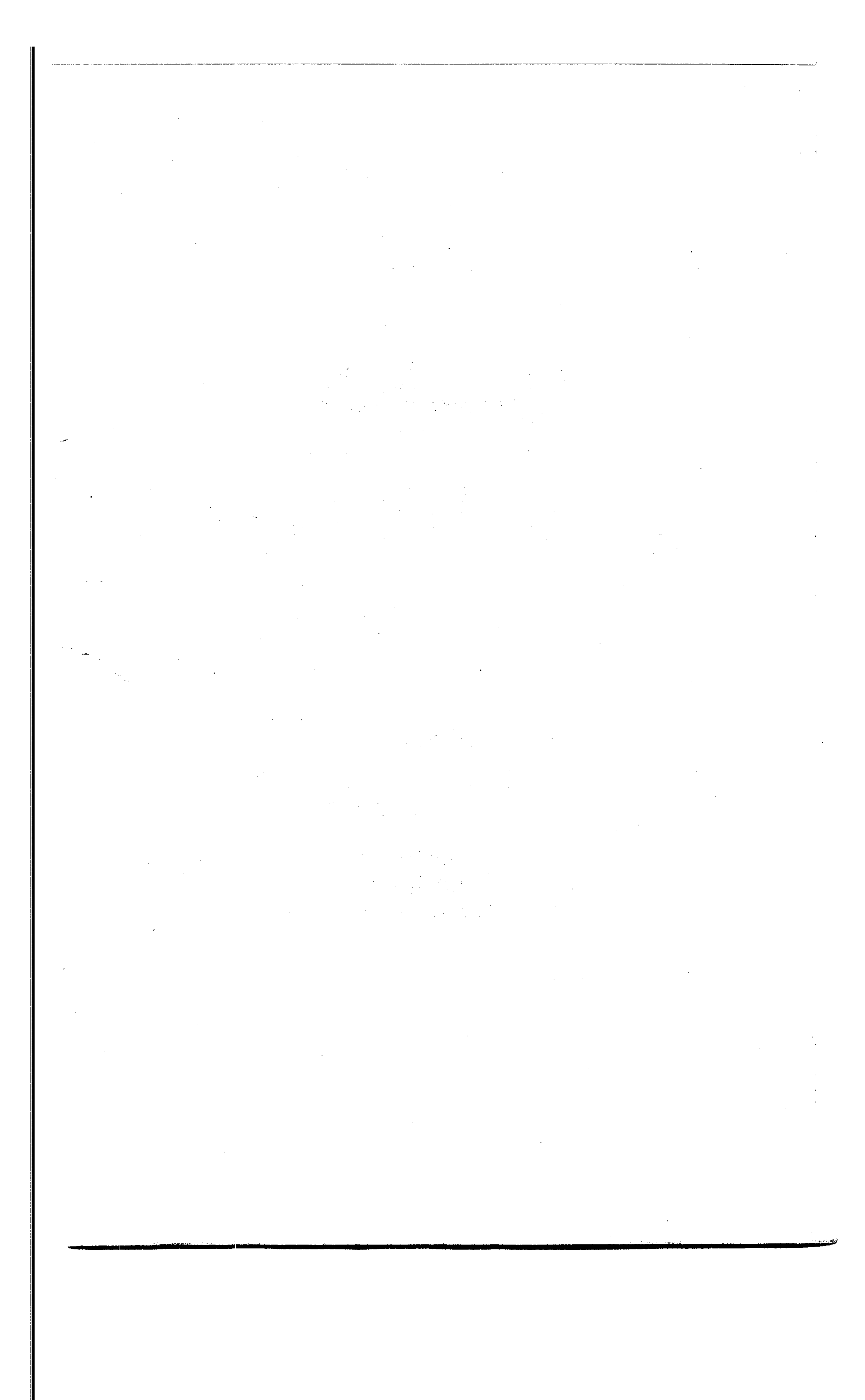
المدخـــل
لدراسة الفقة الإسلامى

الأستاذ الدكتـور
محمود محمد حسن
رئيس قسم الشريعة الإسلامية
عميد كلية الحقوق السابق
المحامى بالنقض والإدارية العليا



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله ، نحمده ونستعينه ، نستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله .

وبعد...

فإن الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان، لأنها خاتمة الشرائع ، وتشتمل على قواعد ومبادئ عامة ، وأحكام كلية ومجملة، وذلك حتى يمكن تطور الحكم بتطور الأزمنة والأحوال ، ويختلف بإختلاف الأمكنة والبيئات .

فلا يعوز المسلمون أن يجدوا فيها لكل حادثة أو واقعة حكما يمكن فهمه من الكتاب أو السنة أو استنباطه بطريق التأمل والتدبر فى روحها ومقاصدها، وبذلك لا نكون فى حاجة إلى أى مصدر وضعى نستقى منه الأحكام .

وقد تنبه علماء القانون إلى هذه المعانى التى ينفرد بها الفقه الإسلامى فقرروا فى عدة مؤتمرات مايلى :-

١- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام .

٢- اعتبارها حية صالحة للتطور .

٣- اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

كما تنبه رجال القانون فى مصر إلى هذا المعنى فجعلوا الفقه الإسلامى مصدرا رسميا من مصادر القانون، فقد نصت المادة الأولى من القانون المدنى فى فقرتها الثانية على أنه :- "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة". كما أن الدستور المصرى اعتبرها المصدر الأساسى للتشريع .

ولما كانت هذه هى وجهة التقنين فى مصر ، فإن الحاجة قد أصبحت ملحة إلى دراسة الفقة الإسلامى دراسة متعمقة توضح نظمه، وتبين أحكامه، ومافيها من حلول للمسائل الجزئية، ومايحتويه من نظريات عامة تفتح للتقنين أبوابا كانت موصدة من قبل.

هذا وقد قسمت هذا الكتاب إلى أربعة أبواب :-

الباب الأول :- فى بيان بعض المصطلحات والأسس العامة للتشريع الإسلامى .

الباب الثانى :- فى الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى .

الباب الثالث :- فى المذاهب الفقهية وأسباب اختلاف الفقهاء .

الباب الرابع :- فى المصادر الفقهية .

والله أسأل أن يجزينا عن هذا العمل المتواضع خير الجزاء ، إنه سميع مجيب .

المؤلف

الباب الأول
في
بيان بعض المصطلحات والأسس العامة للتشريع الإسلامي

سوف نتكلم فى هذا الباب عن تعريف كل من الشـريعة والفقـه ومـا يرتبـط بهما من مصطلحات ثم نبيّن الأسس العامة التى بنى عليها التشريع الإسلامى.

وعلى ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين اثنين :-

الفصل الأول :- فى بيان بعض المصطلحات .

الفصل الثانى :- فى الأسس العامة للتشريع الإسلامى .

الفصل الأول
في
بيان بعض المصطلحات

نتناول في هذا الفصل معنى الشريعة وما تشتمل عليه من أحكام ، ثم تبين معنى كل من الإسلام ، والدين، والملة ، والفقه وما يشتمل عليه من أحكام، وكذلك نوضح المراد بعلم أصول الفقه وأخيرا نتكلم عن تعدد الشرائع والحاجة إليها .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث :-

المبحث الأول :- في تعريف الشريعة وما تشتمل عليه من أحكام .

المبحث الثاني :- في تعريف كل من الإسلام ، والدين ، والملة .

المبحث الثالث :- في تعريف الفقه وما يشتمل عليه من أحكام .

المبحث الرابع :- فيتعريف علم أصول الفقه.

المبحث الخامس :- في تعدد الشرائع والحاجة إليها .

المبحث الأول
في
تعريف الشريعة وما تشتمل عليه من أحكام

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين :-

المطلب الأول :- في تعريف الشريعة .

المطلب الثاني :- في الأحكام التي تشتمل عليها .

المطلب الأول

في تعريف الشريعة

الشريعة لها تعريف في اللغة وآخر في الإصطلاح .

وإليك بيان هذين التعرفين :-

أولا في اللغة : تطلق الشريعة لغة على معنيين اثنين :-

الأول :- الطريقة المستقيمة ومنه قوله عز وجل :- **﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾ .**

الثاني :- مورد الماء الجارى الذى يقصد للشرب، ومنه قول العرب : شرعت الإبل ، أى قصدت مورد الماء للشرب .

ثانيا في الإصطلاح : أما الشريعة في الإصطلاح فتطلق على ما شرعه الله عز وجل لعباده من أحكام على لسان رسول من رسله .

وهي بهذا المعنى تشمل جميع الشرائع السماوية، فيقال : الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية والشريعة الإسلامية .

ولكن عند إطلاق كلمة الشريعة فإنها تطلق على الشريعة الإسلامية وذلك لما يلى :

(١) أنها خاتمة الشرائع السماوية كلها ، قال تعالى : **﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا﴾.**

(٢) وأنها احتوت على أفضل ما في الشرائع السابقة من أحكام ، وزادت عليها من الأحكام ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .

وعلى ذلك نستطيع أن نعرف الشريعة الإسلامية بأنها :- الأحكام التى شرعها الله عز وجل للناس على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ليسعدوا فى الدارين إذا آمنوا بها وعملوا على تنفيذها .

المطلب الثانى
فى
الأحكام التى تشتمل عليها الشريعة الإسلامية

تحتوى الشريعة الإسلامية على أحكام اعتقادية ، وأخرى تتعلق بمكارم الأخلاق، وثالثة تسمى بالأحكام العملية . وإليك بيان هذه الأحكام .

أولا الأحكام الإعتقادية :

وهى التى تتعلق بذات الله عز وجل وبيان صفاته، ووحدانيته، والإيمان به ، وبرسله ، وبملائكته، وبكتبه، وباليوم الأخر، وبالقضاء خيره وشره، حلوه ومره إلى غير ذلك مما يدرس فى علم التوحيد .

ثانيا الأحكام المتعلقة بمكارم الأخلاق :

وتشمل ما يجب على الإنسان أن يتحلى به من فضائل : كالصدق، والإخلاص، والوفاء بالعهد، والأمانة ، كما تتضمن الرذائل التى يجب عليه الإبتعاد عنها ونبذها : كالكذب ، والخيانة ، والغدر ، وغير ذلك مما يدرس فى علم الأخلاق .

ثالثا الأحكام العملية :

وهى التى تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم وتشمل ما يلى :-

١- **العبادات** : كوجوب الصلاة والزكاة والصيام، وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلا .

٢- **المعاملات** : كالبيع، والإجارة ، والوكالة ، والوديعة ، والمضاربة ، والرهن ، والسلم ، وغير ذلك من أنواع المعاملات .

٣- الجنايات : كحرمة القتل ، والزنا ، والسرقة ، وشرب الخمر والرشوة ، والإختلاس وغير ذلك مما حرمه الله وشرع له العقاب .

٤- أحكام الأسرة : كحل الزواج وما يرتبط به من أحكام ، وكمشروعية الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب .

هذا إلى غير ذلك من الأحكام العملية التى تدرس فى علم الفقه الإسلامى .

وجدير بالذكر أن هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عندما تطلق كلمة الشريعة الإسلامية .

المبحث الثانى
فى
معنى الإسلام ، والدين ، والملة

الإسلام فى اللغة هو :- الإنقياد ، والإستسلام ، والخضوع، والإذعان .

وهو بهذا المعنى يطلق ويراد به دين الله عز وجل الذى بعث به أنبيائه إلى الناس، وهو إسلام القلب والوجه ، والجوارح للخالق جل علاه .

أما المعنى المشهور لكلمة الإسلام فهو :- الدين الذى جاء على لسان محمد صلى الله عليه وسلم وذلك لقوله تعالى : ﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين﴾ .

والدين والملة والشريعة كلها ألفاظ مترادفة تطلق على معنى واحد وهو : ماورد على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم من أحكام ، إلا أنها اختلفت فى الألفاظ والتسمية باعتبار الجهة التى صدر بها .

فإن اعتبرت من ناحية الإذعان لها والخضوع والامتثال لله عز وجل سميت بالدين .

وإن اعتبرت من ناحية إملاء الله لها على رسوله وإملاء الرسول على الأمة سميت ملة .

وإن اعتبرت من ناحية أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعلها سلوكا وطريقا واضحا سميت شريعة .

خلاصة القول :- أن الإسلام ، والدين ، والملة ، والشريعة ، كلها ألفاظ مترادفة مدلولها الأحكام التى شرعها الله عز وجل لعباده على لسان محمد

صلى الله عليه وسلم ليكونوا مؤمنين عاملين على ما يسعدهم فى الدنيا والآخرة .

المبحث الثالث
في
تعريف الفقه وما يشتمل عليه من أحكام

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : في تعريف الفقه .

المطلب الثاني : في الأحكام التي يشتمل الفقه عليها .

المطلب الثالث : في إحتواء الفقه على جميع فروع القانون .

المطلب الأول
في
تعريف الفقه

الفقه له تعريف في اللغة ، وآخر في الإصطلاح ، وإليك بيان هذين التعرفين :

أولا في اللغة :

تطلق كلمة الفقه لغة على الفهم مطلقا . أى فى أى نوع من أنواع المعارف فيقال : فلان فقيه في الطب أو فى الهندسة أو فى اللغة ، أو فى القانون وغير ذلك .

ولكنه شاع فى العرف إطلاق كلمة الفقه على الفهم فى أمور الدين ، وهذا المعنى أخص من المعنى الأول .

وقد وردت كلمة الفقه بالمعنيين فى كل من القرآن الكريم والسنة المطهرة

فبالمعنى الأول وهو الفقه مطلقا ورد قوله تعالى مايلى :

١- ﴿لهم قلوب لا يفقهون بها﴾

٢- ﴿قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول﴾

٣- ﴿فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا﴾

٤- ﴿ولكن لا تفقهون تسبيحهم﴾

٥- ﴿وطبع على قلوبهم فهم لا يفقهون﴾

٦- ﴿واحلل عقدة من لسانى يفقهون قولى﴾

وورد بالمعنى الثانى - وهو الفهم فى أمور الدين - قوله تعالى :
﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾

وقوله صلى الله عليه وسلم : "من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين"

ثانيا فى الإصطلاح :

أما تعريف الفقه فى الإصطلاح فهو : "العلم بالأحكامالشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية" .

فالمراد بالأحكام الشرعية العملية : كل ما يتعلق بأفعال العباد وتصرفاتهم من عبادات ، ومعاملات، وجنايات، ومناكحات وغير ذلك .

والمراد بالمستنبطة أى التى استنبطها المجتهدون. أما الأدلة التفصيلية فيراد بها كل ما ذكر فى القرآن الكريم أو السنة المطهرة من أدلة تتعلق بالأحكام العملية. وكذلك ما ذكر فى باقى الأدلة الأخرى التى ترجع إلى هذين المصدرين الأساسيين .

وهى : الإجماع ، والقياس ، والمصالح المرسلة ، والإستحسان ، والعرف وسد الذرائع، وقول الصحابى ، وشرع من قبلنا ، والإستصحاب .

المطلب الثانى
فى
الأحكام التى يشتمل عليها الفقه

يشتمل علم الفقه على العبادات، والمعـاملات، والمرافعات، والجرائم والعقوبات، والأحوال الشخصية، والجهاد والسير. وإليك بيان ذلك .

١- **العبادات** : وهى التى يتقرب بها إلى الله عز وجل ، وقد خلق الله عز وجل الإنسان من أجلها فقال تعالى : **﴿وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون﴾** ، وذلك كالصلاة وما يرتبط بهـا من أحكام الطهارة ، والصوم ، والزكاة ، والحج إلى بيت الله لمن استطاع.

٢- **المعاملات** : وهى الأحكام التى تتعلق بالبحث فى الأموال والتصرف فيها ، كالبيع والإجارة ، والسلم ، والصرف ، والوكالة ، والوديعة ، والمضاربة ، وغير ذلك مما يحكم علاقات الأفراد بعضهم بعض .

٣- **المرافعات** : وهى الأحكام المتعلقة بالقضاء ، والدعوى، وأدلة الإثبات وغير ذلك ، مما يوصل الحق إلى أصحابه.

٤- **الجرائم والعقوبات** : وهى الأحكام المتعلقة بالجرائم التى ترتكب والعقوبات المترتبة عليها ، سواء أكانت حدود أم تعزيزات كالزنا ، والقذف ، والسرقة ، والقتل ، وقطع الطريق ، وشرب الخمر وغير ذلك .

٥- **الأحوال الشخصية** : وهى الأحكام التى تنظم الأسرة وتجعلها قائمة على أساس متين لأن فى صلاحها صلاح المجتمع بأسره كالنكاح وما يسبقه من أحكام الخطبة، وأحكام الفرق، وحقوق الأولاد والأقارب وغير ذلك.

٦- **الجهاد والسير** : وهى الأحكام التى تنظم الحروب ؛ والمعاهدات ، ومعاملة غير المسلمين المقيمين فى دار الإسلام والمقيمين فى دار الحرب وما إلى ذلك .

نسبة الفقه إلى الشريعة

مما سبق يتضح أن الشريعة أعم من الفقه وأنه جزء منها .

فالشريعة تتناول إلى جانب الفقه أحكام العقائد التى هى موضوع علم التوحيد وكذلك تشمل مكارم الأخلاق التى هى موضوع علم الأخلاق .

المطلب الثالث
فى
احتواء الفقه الإسلامى على فروع القانون

يعتقد البعض أن الفقه الإسلامى عاجز عن مسايرة التطور الحضارى فى البلاد بدعوى خلوه من الأحكام التى تواكب هذا التطور. ولكنهم مخطئون فى اعتقادهم هذا .

لأن الفقه الإسلامى احتوى من الأحكام ما يجعله صالحا للتطبيق فى كل زمان ومكان، فالباحث فى كتبه يجد أنه قد اشتمل على كل فروع القانون بقسميه الخاص والعام وإليك بيان ذلك :-

أولا اشتماله على فروع القانون الخاص :-

من المعلوم أن فروع القانون الخاص هى : القانون المدنى ، والقانون التجارى ، وقانون المرافعات. ولا شك أن الفقه الإسلامى احتوى هذه الفروع الثلاثة وتناولها كلها بالتفصيل والتقعيد تناولا أفضل بكثير مما تناوله واضعوا هذا القانون. ولا يعلم ذلك إلا من درس أحكام الفقه الإسلامى وأحكام القانون الخاص أيضا .

فالقانون المدنى يمثل جزءا كبيرا فى الفقه الإسلامى، وقد نظم فيه باب المعاملات .

والقانون التجارى بحثه الفقهاء فى بابى الشركات والمضاربة .

أما قانون المرافعات فقد تناولوه فى باب القضاء والدعوى وطرق الإثبات

ثانيا إشتماله على فروع القانون العام :-

فروع القانون العام هى : القانون الدولى العام ، والقانون الدستورى ، والقانون الجنائى ، والقانون الإدارى ، والقانون الدولى الخاص ، وكما ذكرنا فإن الفقه الإسلامى تناول جميع هذه الفروع واحتواها كلها بحيث يغنى هذا الفقه عن أى مصدر آخر تؤخذ منه هذه الفروع .

فالفقه الإسلامى تناول القانون الدولى العام فى باب السير والجهاد، بل أن بعض الفقهاء أفرد دراسة خاصة لأحوال السلم والحرب ودونوها فى مؤلفات خاصة. فهذا محمد بن الحسن كتب كتاب السير الصغير، وكتاب السير الكبير وكذلك الأوزاعى كتب كتابا فى السير.

والفقه الإسلامى تناول أيضا القانون الدستورى ، وأفضل ما كتب فيه كتاب الحكام السلطانية ، وكتاب الولايات الدينيةللماوردى ، والأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى، وكتاب السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية.

والفقه الإسلامى نظم أحكام القانون الجنائى فى باب الجنايات والحدود.

ونظم أيضا قواعد القانون الإدارى وخصوصا فى كتب الأحكام السلطانية .

أما القانون الدولى الخاص فقد تناوله الفقهاء عند الكلام على احكام أهل الذمة والحربيين والمستأمنين.

من كل ذلك وغيره يتضح أن الفقه الإسلامى قد احتوى على جميع فروع القانون بقسميه العام والخاص مما يدرس فى كليات الحقوق . وأنه ى حاجة بنا إلى الرجوع إلى أى مصدر آخر غير هذا الفقه لنستقى منه الأحكام فهذا ... العظيم فيه المزيد لمن يريد.

المبحث الرابع
في
تعريف أصول الفقه

علم أصول الفقه هو : مجموعة القواعد التي سار عليها المجتهدون في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية .

وتشمل هذه القواعد ما يلي :-

١- الأدلة الشرعية الكلية التي تؤخذ منها الأحكام الشرعية وهي :- القرآن الكريم ، والسنة المطهرة، والإجماع ، والقياس، وقول الصحابي ، وسد الذرائع، والمصالح المرسلة ، والإستحسان ، والعرف، وشرع من قبلنا ، والإستصحاب .

٢- الأحكام الشرعية الكلية التي تستنبط من هذه الأدلة :- كالوجوب ، والحرمة ، والكراهة ، والندب ، والإباحة .

٣-الشروط الواجب توافرها فيمن يستنبط هذه الأحكام من تلك الأدلة: وهم المجتهدون .فمثلا ، فرضية الصلاة والزكاة ثابتة بقوله تعالى : ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ . ووجوب قراءة الفاتحة فيها ثابت بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب" ، وحرمة القتل ثابتة بقوله تعالى : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ ، وكراهية تحلي الرجال بالذهب والحرير ثابتة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "هذان حرام على رجال أمتي حلال لنسائهم ، وحرمة الربا ثابتة بقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾

وهذه كلها أدلة تفصيلية استنبط المجتهدون منها هذه الأحكام .

المبحث الخامس
فى
تعدد الشرائع والحاجة إليها

وينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :-

المطلب الأول : فى نشأة الشرائع والحاجة إليها .

المطلب الثانى : فى حكمة تعدد الشرائع .

المطلب الثالث : فى الحاجة إلى الشريعة الإسلامية .

المطلب الرابع : فى صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان .

المطلب الأول
فى
نشأة الشرائع والحاجة إليها

قضت فطرة الإنسان بأن يسير وراء مطامعه الشخصية المختلفة ، وتحت تأثير ميوله المتعددة ، ومن سنن الكون أنه محتاج لمعاونة غيره، ومن الطبيعى أن النفوس جلبت على الأنانية وحب الذات ، فلو ترك الناس وشأنهم مع طبيعتهم هذه ولم توضع لهم النظم التى تنظم العلاقة فيما بينهم لأصبحت الحياة بينهم مضطربة لا أمان فيها ولا استقرار .

لذلك طبع الله البشر منذ الأزل على الشعور بحاجتهم إلى وضع النظم التى تحفظ عنيهم أسباب النهوض والتقدم وتجعلهم يعيشون فى أمن وآمان .

والإنسان مهما بلغت مداركه محدود الفكر لا يعلم من الغيبيات شيئا ، ولما كان لا يخضع للنظام الوضعى خضوعا تاما ولا تتربى نفسه على الآداب ولا تصاغ على الطاعة إلا تحت تأثير قوة قاهرة تدفعه إلى الخير رغبة فى وعد وتبعده عن الشر رهبة من وعيد.

لذلك جرت سنة الله فى خلقه أن يشرع لهم الشرائع ويرسل إليهم الرسل ليمدوا الناس بكل ما يحتاجون إليه فى حاضرهم ومستقبلهم، ولينظموا العلاقات بين الأفراد وبينهم وبين خالقهم، يوجهوهم إلى الطريق المستقيم ، وليبشروهم بالفوز إن أطاعوا ، وينذرهم بالشر إن عصوا .

قال الله عز وجل : ﴿رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزا حكيما﴾ .

وقال أيضا : ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾

المطلب الثانى
فى
لماذا تعددت الشرائع ؟

ذكرنا أن لا حياة للناس بدون شريعة تحكم علاقاتهم بعضهم ببعض وعلاقاتهم بخالقهم، ولكن لماذا تعددت هذه الشرائع وكثرت ولم تكن شريعة واحدة تحكم الناس منذ القدم ؟

للإجابة على ذلك نقول :

لما كانت الأمم فى تدرجها كالأطفال تتدرج من طور إلى طور ، وكان الطفل لا يعطى من الطعام إلا ما يستمرئه ويقوى على هضمه، جعل الله عز وجل لكل أمة شريعة تناسب أحوالها وتتلاءم مع درجاتها فى الفكر والإعتبار والرقى والتقدم ، فما يناسب أمة قد لا يناسب غيرها ، وما يسعد أناسا فى مكان قد يحزن غيرهم فى مكان آخر، وهذا هو السر فى تعدد الشرائع بتعدد الأمم والأزمان ، فأنزل الله عز وجل تشريعا لكل أمة بما يتناسب مع أحوالها. يقول المول عز وجل : **﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾**

المطلب الثالث
فى
الحاجة إلى الشريعة الإسلامية

لما كانت الشرائع السماوية السابقة على الإسلام ، قد نظمت حياة أقوام فى عصور مختلفة على وفق ما كانت تقتضيه حياتهم المحدودة ، ولم تشتمل هذه الشرائع على الحلول الكافية والعلاج الناجح لكل ما سيستجد فى الحياة من أمور.

ولما كانت الرسالة المحمدية هى خاتمة الشرائع والتى ستبقى إلى أن تقوم الساعة .

– لما كان الأمر كذلك – دعت الحاجة إلى شريعة كاملة تامة صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان لتساير الأزمنة المختلفة وتلاحق الحوادث المتجددة، فأنزل الله سبحانه وتعالى الشريعة الإسلامية لتحقيق هذه الغاية والوصول إلى هذا الهدف .

المطلب الرابع
فى
صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان

لقد تضمنت الشريعة الإسلامية الوسائل والمقومات التى تجعلها صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان إلى أن تقوم الساعة، فقد جاءت أغلب أحكامها كلية وعامة ومصادرها منزلة منزلة القواعد الشاملة ، واقترنت أحكامها بالعلل لتدور معها وجودا وعدما .

والحكم الوارد فى حادثة يصلح للحكم على أمثال هذه الحادثة ، والإجتهاد موجود فيها .

ولذلك استمرت الشريعة وستظل إلى قيام الساعة [illegible]

الفصل الثانى
فى
الأسس العامة للتشريع الإسلامى

يقوم التشريع الإسلامى على الأسس التالية :-

١- التدرج فى تشريع الأحكام وقت نزولها .

٢- التيسير على المكلفين .

٣- قلة التكاليف الشرعية .

٤- تحقيق مصالح الناس جميعا .

٥- تحقيق العدالة والمساواة بين كافة البشر .

وتخصص لكل أساس مبحثا مستقلا فتكون المباحث خمسة :-

المبحث الأول : فى التدرج فى التشريع .

المبحث الثانى : فى التيسير على المكلفين .

المبحث الثالث : فى قلة التكاليف .

المبحث الرابع : فى تحقيق مصالح الناس .

المبحث الخامس : فى تحقيق العدالة والمساواة .

المبحث الأول
في
التدرج في التشريع

(أ) معناه :

يقصد بالتدرج في التشريع : أن الشريعة الإسلامية لم تنزل دفعة واحدة بل نزلت على فترات متعددة ، متعاقبة ، ففي كل فترة يشرع نوع من الأحكام لمناسبات شرعية معينة ، وقد استمر التشريع في النزول شيئا فشيئا حتى اكتمل بقوله تعالى : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا﴾

(ب) حكمته :

وترجع الحكمة من نزول الشريعة على هذا النحو أن العرب كانوا يعيشون في اباحية مطلقة، فكانوا يكرهون كل مايقيد حريتهم، ويحد من شهواتهم، وقد تمكنت من نفوسهم عادات ورثوها ، وغرائز وشهوات ألفوها، ولا يمكن التحول عنها مرة واحدة ، فاقتضت حكمة الله عز وجل العليم بعباده، الا يفاجأوا بالأحكام دفعة واحدة تنفر منها النفوس، وتأباها العقول، وانما نزلت متدرجة متعاقبة حتى تتلقاها العقول بالقبول .

كما أن التدرج ييسر لهم معرفة الأحكام وفهمها، وذلك بوقوفهم على أسباب التشريع والظروف المحيطة به .

(ج) أمثلة لأحكام شرعت بالتدريج :

لم يقتصر التدرج فى التشريع الكلى ، بل كان فى تشريع الحكم الواحد أيضا ، ويتضح ذلك من الكلام على الأمثلة الآتية :

أولا الخمر : كانت الخمر متمكنة من عقول العرب قبل الإسلام، فلو جاء تحريمها دفعة واحدة لشق عليهم تنفيذه ، فاقتضت الحكمة أن تحرم تدريجيا، وذلك على النحو التالى :

(أ) أجاب الله عز وجل عنها وعن الميسر فقال : ﴿قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس، واثمهما اكبر من نفعهما﴾ .

وهذا ليس بتحريم لهما، وانما هو بيان لذوى العقول السليمة بأن الإثم يغلب النفع فيها، ومادام الأمر كذلك فالعقلاء يمتنعون عنها حتى ولو لم يصرح الشارع بالتحريم .

وهذا التعبير خطى بالخمر خطوات واسعة نحو التحريم .

(ب) حدث بعد ذلك أن شرب جماعة من الصحابة الخمر وقاموا لأداء الصلاة وهم فى حالة سكر بين فخلطوا فى القراءة وتنازعوا وكادوا يقتتلون فنزل قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ .

وهذا تحريم جزئى لها خاص بشربها فى الصلاة دون غيرها من الأوقات

(جـ) ولما سأل عمر بن الخطاب البيان الشافى فقال : "اللهم بين لنا فى الخمر بيانا شافيا ، نزل الحكم الأخير النهائى القاضى بالتحريم والنهى عنها نهيا مؤكدا ، وذلك بعدما تهيأت الأذهان لتقبل الامتناع عن تعاطيها فقال تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، إنما يريد الشيطان أن يوقع

بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾ .

وكان تحريم الخمر بعد غزوة أحد سنة أربعة من الهجرة فى غزوة بنى النضير على الرأى الراجح، وقيل كان تحريمه سنة ست فى عام الحديبية .

ثانيا تحريم الربا :

لقد حرم الشارع الحكيم الربا أيضا بالتدرج ، وذلك على الوجه التالى :

(أ) بين الفرق بين الربا والزكاة ، فقرر أن الربا ليس فيه نماء عند الله ، وليس له ثمرة أيضا ، أما الزكاة فمقبولة يضاعف الله الثواب لمخرجها، وقد نص على ذلك فقال تعالى : ﴿وما أتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربوا عند ا الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون﴾ .

(ب) بعد ذلك بين أن الربا ظلم وبسببه حرم على اليهود الكثير من الطيبات التى أحلت لهم فقال تعالى : ﴿فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا. وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ، وأكلهم أموال الناس بالباطل، وأعتدنا للكافرين منهم عذابا أليما﴾ .

وكان هذا إنذارا بخطر الربا على المتعاملين به .

(جـ) بعد ذلك نهى عن التعامل به فى أقبح صورة كانت شائعة عندهم فقال تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون﴾ .

(د) وأخيرا جاء التحريم العام مصحوبا بالتهديد الشديد واعلان الحرب على المرابين ، وذلك بعدما استقر فى النفوس عدم فائدة الربا، وان الله لا يريده مطلقا .وذلك فى قوله تعالى : ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما

يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم . إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون، يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا ان كنتم مومنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾ .

ثالثا الصلاة :

(أ) شرعت أولا ركعتين بالغداة ، وركعتين بالعشى ، وذلك للتخفيف على المسلمين الذين لم يعرفوا هذه الصلاة من قبل .

(ب) ولما تعود عليها المسلمون، وأحبوا صلتهم بالخالق جل وعلا زيدت إلى خمس مرات فى اليوم والليلة، ركعتين ركعتين بإستثناء صلاة المغرب .

(جـ) ثم بعد ذلك اقرت كما هى فى حالة السفر وزيدت فى حالة الحضر إلى أربعة فى الظهر ، والعصر ، والعشاء .

رابعا الزكاة :

(أ) فرضت أولا على المستطيع دون تحديد لمقدارها ، فقال تعالى : ﴿ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو﴾ .

(ب) ثم حدد مقدارها وهويختلف بإختلاف الأموال التى تجب فيها الزكاة .

خامسا الصيام :

(أ) قال بعض الفقهاء : أن أول ما شرع الصيام كان ثلاثة أيام من كل شهر، وذلك أخذا من قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون أياما معدودات﴾ .

(ب) ولما ألف الناس الصيام واعتادوا عليه وأحبوا الصلة بخالقهم عن طريقه، فرض صيام شهر رمضان كله، وذلك بقوله تعالى : ﴿شهر رمضان الذى أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان ، فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ .

سادسا أحكام الميراث :

كان الميراث فى العصر الجاهلى يقوم على الظلم والأجحاف حيث كانت تحرم المرأة والصغير وكل من لا يستطيع ملاقاة العدو والسطو على القبائل، فلما بزغ فجر الإسلام أتت أحكام الميراث على سبيل التدرج، وذلك على الوجه التالى :

(أ) أبقى كل شئ على ماهو عليه فى بادئ الأمر .

(ب) ألغى التبنى الذى كان سببا من أسباب الميراث قبل الإسلام، ومحى كل أثر من آثاره ومنها الميراث .

(جـ) ألغى الأرث بالمعاقدة الذى كان موجودا فى الجاهلية .

(د) شرع الأرث بالهجرة والمؤاخاة بين المهاجرين والأنصار .

(هـ) أوجب الإسلام على صاحب المال أن يوصى بنصيب من تركته للوالدين والأقربين بدون تفرقة بين المرأة والرجل، والصغير والكبير، ونزل تحديد هذا النصيب لصاحب المال نفسه ليوصى لكل شخص بالقدر الذى يراه دون تقييد بنصيب معين إلا أن يكون ذلك فى حدود المعروف .

وقد بين الله عز وجل ذلك فى قوله تعالى : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين﴾ .

وبهذه الآية الكريمة هدم الإسلام قاعدة من قواعد الميراث عند العرب فى الجاهلية ، وهى حرمان النساء والصغار من الميراث، وقصره على الرجال القادرين على خوض غمار الحرب والسطو على القبائل .

وقد نزل تأكيدا لذلك قوله تعالى : ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾ .

(و) ألغى الميراث بالهجرة والمؤخاة بعد فتح مكة، وصار الأقارب أولى بمال المتوفى من غيرهم، وذلك بقوله تعالى : ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين﴾ .

(ز) وأخيرا نزلت آيات المواريث مفصلة ومحددة جميع الورثة ونصيب كل وارث، ففيها تولى المولى عز وجل قسمة التركة بنفسه حتى يقطع دابر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة، وبنزول قوله تعالى : ﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ بطل ماكان عليه العمل فى الجاهلية واستقامت الأمور ووضعت فى نصابها الصحيح .

سابعا عقوبة الزنا :

(أ) كانت أولا الحبس فى البيوت، وذلك بقوله تعالى : ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم، فإن شهدوا فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا﴾ .

(ب) ثم بعد ذلك صارت الإيذاء والتوبيخ بالقول والفعل، وذلك بقوله تعالى: ﴿والذان يأتيانها منكم فآذوها، فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما﴾ .

(جـ) وأخيرا شددت العقوبة فأصبحت الجلد مائة جلدة لغير المحصن والرجم بالحجارة حتى الوفاة للمحصن .

أما الجلد فقد ثبت بقوله تعالى : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾

وأما الرجم فقد ثبت بالسنة المطهرة ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "خذوا عنى خذوا عنى ، فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"

ومنها أيضا ماروراه أبو هريرة من أن رجلا أتى الرسول صلى الله عليه وسلم فناداه قائلا : "يارسول الله إنى زنيت ، فأعرض عنه ، ثم كررها أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات ، دعاه النبى صلى الله عليه وسلم فقال له : أبك جنون؟ قال : لا ، قال : فهل أحصنت؟ قال : نعم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اذهبوا به فارجموه"

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : "لا يحل قتل امرئ مسلم الا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس، والثيب الزانى ، والتارك لدينه المفارق للجماعة"

فهذه الأحاديث خصصت العموم الوارد فى الآية الكريمة .

ثامنا أحكام الجهاد :

(أ) كان المسلمون فى بادئ الأمر قلة لا تقوى ملاقاة العدو ومقاتلته ودفع أذاه وشره ، لذلك أمرهم المولى عز وجل بالصبر والصفح عن الأعداء فقال تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ .

وقال جل شانه أيضا : ﴿وإن الساعة لآتية فاصفح الصفح الجميل﴾

(ب) ولما كثر عددهم واشتد ساعدهم، وزادت عدتهم، أذن الله لهم بالقتال دفاعا عن النفس وردا للظلم الذى حاق بهم من أعداء الدين فقال عز من قائل: ﴿أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير﴾

(جـ) وأخيرا نزل قوله تعالى : ﴿قاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ، واقتلوهم حيث ثقفتموهم، وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل﴾

المبحث الثاني
في
التيسير على المكلفين

وذلك برفع الحرج والمشقة عنهم، وقد دل على ذلك القرآن الكريم والسنة المطهرة، وإليك بيان هذه الأدلة :

أولا القرآن الكريم :

١- قول الله عز وجل : ﴿يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون ، وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ .

٢- وقوله وتعالى : ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج﴾ .

٣- وقوله جل شأنه : ﴿لا تكلف نفس إلا وسعها﴾ .

٤- وقوله سبحانه : ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ .

٥- وقوله تبارك وتعالى : ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ .

٦- وقوله تعاظمت صفاته : ﴿يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا﴾ .

٧- وقوله تجلت قدرته في وصف رسوله الكريم عليه صلوات الله وسلامه عليه : **﴿ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم﴾ .**

فهذا الآيات الكريمة تدل على رفع الحرج والمشقة عن المكلفين فلا حرج يلحقهم مما كلفوا به، ولا مشقة تعجزهم عن أداء ما طلب منهم .

ثانيا السنة المطهرة :

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم لأبى موسى الشعرى ومعاذ بن جبل

حينما بعثهما إلى اليمن : " يسرا ولاتعسرا ، وبشرا ولا تنفرا، وتطاوعا ولا تختلفا "

٢- وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا : "أنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين "

٣- وقوله عليه السلام : " بعثت بالملة السمحة الحنيفية البيضاء"

٤- وقد صح أنه ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما.

٥- وقوله صلى الله عليه وسلم :"لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة " .

فهذه الأحاديث تؤكد المعنى الوارد فى القرآن الكريم وتقرره ، وقد عد الفقهاء هذا الأساس أصلا من الأصول المعتبرة عند الشارع الحكيم، واستنبطوا به الكثير من الأحكام، واعتبروه من الأصول المقطوع بها .

مظاهر رفع الحرج والمشقة :

ان المتتبع لأحكام الشريعة الغراء يجد مظاهر هذا الأصل فى شتى نواحيها، فيجده فى العبادات ، ويجده فى المعاملات، ويجده فى العقوبات ، ويراه فيما أبيح فى حالة الضرورة ، وإليك بيان ذلك :-

أ- فى العبادات :

ففى العبادات نجدأن التكاليف المشروعه تخلو من المشقة التى لاتحتمل ، ولكنها تنطوى على مشقة فى الإمكان أحتمالها ويتضح ذلك مما يأتى :

أولا الصلاة :

فقد فرضها الله عز وجل خمس مرات فى اليوم والليلة وطلب من المكلف أن يفعلها وهو قائم ، وهذا أمر سهل يسيير لمن يقدر على القيام ، أما من لم يقدر عليه فقد رخص له أن يؤديها قاعدا أو على أى وجه حسب إستطاعته .

كما رخص للمسافر أن يقصر الصلاة الرباعية ويجمعها فى حالة السفر. وأجاز التيمم بالتراب بدلاً من الوضوء والاغتسال عند عدم وجود الماء أو فى حالة الضرورة، كما رفع الصلاة عن الحائض والنفساء . ورخص فى المسح على الخفين والجبيرة فى حالة الضرورة .

ثانيا الزكاة :

لم تفرض الزكاة إلا على القادر الذى يملك نصابا يزيد عن حاجته .

ثالثا الصيام :

لم يفرض طوال العام ، بل فرضه الله مرة واحدة لمدة شهر هو شهر رمضان،ومع ذلك رخص فى الفطر لمن لم يقدر عليه مع إلزامه بالقضاء عند الإمكان ، وذلك كالمسافر ، والمريض ، والحامل ، والمرضع .

رابعا الحج :

لم يفرض إلا مرة واحدة فى العمر كله وعلى المستطيع فقط .

(ب) فى المعاملات :

وفى تشريع المعاملات ، لم يفصل الأحكام كلها، وأنما أتى بقواعد عامة ، وأحكام مجملة حتى تصلح للتطبيق فى كل زمان ومكان ، فقال تعالى : ﴿ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وقال أيضا :﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ وقال أيضا : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ .

كما أنه لم يشترط إلا التراضي بين المتعاقدين لإبرام أي عقد من العقود الجائزة ، ولا يستلزم أية أجراءات شكلية أو رسمية تتخذ لصحة العقد - باستثناء عقد الزواج - يدل على ذلك قوله عز وجل : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

كما أباح السلم مع أنه بيع معدوم ، وأباح القرض وإن كانت فيه علة ربا النساء .

(جـ) في العقوبات :

وفي مجال العقوبات نجد أن الحد يسقط بالشبهة، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ادرءوا الحدود ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة ".

ويقول أيضا للص الذي أتي به إليه صلى الله عليه وسلم وقد اعترف اعترافا ، ولم يوجد معه متاع : "ما إخالك سرقت ؟ قال : بلى ، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا ، فأمر به فقطع".

كذلك يسقط الحد عن السارق إذا أخذ ما يكفي لسد حاجته فقط من مال يدعي أن له فيه حقا .

كما جعل الله عز وجل الدية في القتل الخطأ على العاقلة .

(د) في حالة الضرورة :

ومن مظاهر رفع الحرج والمشقة أيضا ما أبيح من تناول المحرمات حالة الضرورة، فقد حرم الله عز وجل أكل الميته والدم ، ولحم الخنزير ، وغير ذلك، وذلك بالنسبة لغير المضطر، أما من كان في حالة ضرورة ، وأوشك على الهلاك فقد رخص له الأكل من هذه المحرمات حفاظا على حياته.

كما حرم شرب الخمر على الإنسان، ولكنه أباح شربها لمن كانت به غصة، ولايجد ما يذهبها غيره.

ومن دلائل التيسير أيضا ما رفعه الله عنا من تكاليف شاقة وعقوبات قاسية كان قد ضربها على اليهود جزاء ظلمهم ، وصدهم عن سبيل الله، وقتلهم الأنبياء بغير حق ، وأكلهم الربا وقد نهوا عنه ، وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا، وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل، وأعتدنا للكافرين منهم عذابا أليما﴾ .

ويقول أيضا : ﴿وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورها ، أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون﴾

كما لم تقبل منهم الدية بدلا عن القصاص ، كما هو الحال في عقوبة القتل العمد في الشريعة الإسلامية .

وعلامة التوبة عندهم قتلهم لأنفسهم ، وفي ذلك يقول المولى تعالى :

﴿وإذ قال موسى لقومه ياقوم انكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم ذلكم خير لكم عند بارئكم فتاب عليكم إنه هو التواب الرحيم﴾

المبحث الثالث

فى

قلة التكاليف

ان تقرير الأساس السابق وهو التيسير على المكلفين يستلزم بالضرورة قلة التكاليف الشرعية، لأنه يترتب على كثرتها وقوعهم فى حرج ومشقة.

ومن هذا المنطلق كانت هذه التكاليف قليلة لا تلحق بالمكلف تعبا ، ولا تورث فى نفسه مللا، لأنها فى العلم بها والإمتثال بعملها لا تحتاج إلى وقت طويل ، ولا إلى صعوبة فى فهمها .

وقد حرص الشارع الحكيم على أن تكون التكاليف على هذا الوضع ، يدل على ذلك القرآن الكريم والسنة المطهرة، وإليك بيان ذلك :-

أولا القرآن الكريم :

قوله سبحانه وتعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء أن تبد لكم تسؤكم ، وأن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبدلكم عفا الله عنها والله غفور حليم ، قد سألها قوم من قبلكم ثم أصبحوا بها كافرين﴾ .

فالله عز وجل نهى المسلمين عن كثرة السؤال وقت نزول القرآن وفرض التكاليف، حتى لا يكون ذلك سببا فى فرض تكاليف ربما يعجزون عن أدائها بعد تكليفهم بها فيهلكوا مع الهالكين ، وفى ذلك إشفاقا عليهم ورحمة بهم .

ثانيا السنة المطهرة :

وتشهد لذلك السنة المطهرة أيضا ومنها ما يلى :-

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فاتوا منه ما استطعتم ، فإنما أهلك الذين من قبلكم كثرة مسائلهم، وإختلافهم على أنبيائهم" (رواه البخارى ومسلم)

٢- وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "يا أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا ، فقال الأقرع بن حابس : أفى كل عام يارسول الله؟ فسكت حتى قالها ثلاثا ، فقال الرسول الكريم : لو قلت نعم لوجبت ، ولما استطعتم ، ثم قال : ذرونى ما تركتم ، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم وإختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشئ فاتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شئ فدعوه"

٣- وقوله صلى الله عليه وسلم : "ان أعظم المسلمين فى المسلمين جرما من سال عن شئ لم يحرم فحرم من أجل مسألته"

٤- وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا : "أن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها "

فهذه النصوص كلها تدلنا على أن الله عز وجل لم يرهق كاهل المكلفين بكثرة التكاليف، بل جعلها قليلة ويتضح ذلك مما يلى :

(أ) الشهادتان :

أحد أركان الإسلام ، وهما كلمتان خفيفتان على اللسان ، ثقيلتان فى الميزان ، يترتب على نطقهما حفظ النفس والمال ، يدل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله

محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا منى دمائهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله" (رواه البخارى ومسلم)

(ب) الصلاة :

فرضها الله عز وجل خمس مرات فقط فى اليوم والليلة، وهذا العدد قليل، لا يستغرق فعله على أكمل وجه إلا وقتا قليلا .

كما أنه لا يصعب على الإنسان فهمها وإستعابها .

(جـ) الزكاة :

لم تفرض على كل الناس ، بل فرضت فقط على القادر الذى يملك نصابا زائدا عن حاجته ، وهى نسبة قليلا جدا من المال ، ووجبت مرة واحدة فى العام فقط .

(د) الصيام :

فرض فى جزء واحد فقط من أثنى عشر جزءا فى العام .

(هـ) الحج :

وجب مرة واحدة فقط فى العمر كله ولم يجب على الناس كلهم ، بل وجب على القادر المستطيع فقط .

وليس التيسير فى قلة التكاليف الشرعية فقط ، وأنما الأمر كذلك بالنسبة للمحرمات ، فقد حددها الله وفصلها بينما وسع وأطلق المباحات.

فى باب المطعومات أحصى الله عز وجل المحرمات فى قوله سبحانه وتعالى : ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة، والمتردية والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم، وما ذبح على النصب، وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق﴾ .

وهذه المحرمات التى فصلها الله عز وجل وبينها فى هذا الآية الكريمة قليلة جدا بالنسبة للطيبات التى أحلها الله حيث لم يحددها ، ولم يفصلها، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات﴾

وقوله أيضا : ﴿اليوم أحل لكم الطيبات﴾ .

وقوله كذلك : ﴿يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا﴾ .

وفى باب المحرمات من النساء نجد أن الله عز وجل حدد المحرمات بينما أطلق وعمم الحل فقال تعالى : ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم، وأخواتكم وعماتكم، وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة ،وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف، إن الله كان غفورا رحيما ، والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم، كتاب الله عليكم، وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾

فهذه الآية الكريمة بينت المحرمات ثم أطلقت وعممت الحل ، ولاشك أن دائرة الحل أوسع بكثير من دائرة التحريم .

المبحث الرابع

فى

تحقيق مصالح الناس كافة

لقد راعى الشارع الحكيم فى تشريعة ، مسايرة حاجات الناس وتحقيق مصالحهم على إختلاف الأزمان والبيئات .

لأنه تشريع عام للناس أجمعين ، ولا يقتصر على قوم دون قوم ، ولا على زمان دون غيره .

يدل على ذلك قول الله عز وجل : ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾

وقوله جل شأنه : ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا﴾

وقوله سبحانه : ﴿قل يا أيها الناس إنى رسول الله إليكم جميعا﴾

ولتحقيق هذه الغاية فى عصر النبوة وقع النسخ فى بعض الأحكام وفى ذلك يقول الله تعالى : ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها﴾

فقد دلت هذه الأية الكريمة على أن الله عز وجل قد نسخ بعض الأحكام بعد شرعها ، وذلك حينما أقتضت المصـ ـحة تغييرها .

وقد يشرع الشارع حكما لملائمته لمصالح الناس وقت شرعه ، أو لأنه يحقق مقصدا خاصا ، ثم بعد ذلك تزول هذه الملائمة ، أو ينتهى الغرض الذى ابتغى تحقيقه منه ، فيقوم بنسخه وإبطاله .

وللنسخ أمثلة كثيرة ، فى كل من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، وإليك بعضا منها:

أولا القرآن الكريم :

١- أوجب الله عز وجل الوصية للوالدين والأقربين بقوله تعالى : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين﴾ ولما رضيت بها نفوس أصحاب الأموال ، نسخت للوارثين منهم بآيات المواريث، وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك فقال : "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" .

٢- كانت القبلة أول الأمر إلى بيت المقدس ، ثم نسخت وأصبحت الكعبة المشرفة ، وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التي كانوا عليها قل لله المشرق والمغرب يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم﴾ إلى أن قال : ﴿قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها ، فول وجهك شطر المسجد الحرام ، وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾ .

٣- كانت عدة المتوفى عنها زوجها في أول الأمر عاما كاملا، وكان يجب على الزوج أن يوصى لها بالنفقة والسكن طوال هذه المدة، وذلك لقوله تعالى : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج﴾ .

ثم بعد ذلك نسخ هذا الحكم ونقصت العدة إلى أربع أشهر وعشرة أيام، بقوله تعالى : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهم أربعة أشهر وعشرا﴾ .

كما نسخت الوصية للزوجة بإعطائها نصيبا مقدرا من تركة زوجها هو الربع عند عدم وجود ولد، والثمن عند وجوده، وذلك بقوله تعالى :

﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد . فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ .

ثانيا في السنة المطهرة :

١- كان النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن زيارة القبور، خشية فساد العقيدة ، ثم بعد ذلك أذن بزيارتها، وفي ذلك يقول صلى الله عليه وسلم : "**قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمة، فزوروها فإنها تذكر بالآخرة** "

٢- كان النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن إدخار لحوم الأضحية زيادة عن ثلاثة أيام من أجل الحاجة إلى المواساة والتوسعة على الطائفة الفقيرة التي قدمت المدينة في ذلك العام، فلما زالت هذه المحكمة أمر بإدخارها، وفي ذلك يقول صلى الله عليه وسلم : " **إنما كنت نهيتكم عن إدخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام لأجل الدافة التي دفت فكلوا وأدخروا**" هذا في عصر الرسالة .

أما بعد هذا العصر، فتحقيق هذه الغاية يتمثل في الأمور التالية :

أ- تعليل الأحكام الواردة في النصوص، ومادام الحكم جاء معللا بعلة معينة ، فإنه يدور معها وجودا وعدما .

والأمثلة على ذلك كثيرة في القرآن الكريم والسنة المطهرة وإليك بعضا منها:

أولا في القرآن الكريم :

١- قوله تعالى : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع

بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر، ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾ .

٢- وقوله تعالى : ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾ .

٣- وقوله تعالى :﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم أن صلاتك سكن لهم﴾ .

٤- وقوله تبارك أسماؤه : ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون﴾ .

٥- وقوله جل شأنه : ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾

٦- وقوله سبحانه وتعالى : ﴿يا أيها الذين أمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾ .

ثانيا فى السنة المطهرة :

١- قوله صلى الله عليه وسلم: " إنما نهيتكم عن إدخار لحوم الأضاحى فوق ثلاثة أيام لأجل الدافة التى دفت فكلوا وأدخروا"

٢- وقوله عليه الصلاة والسلام : "إنما جعل الإستئذان من أجل البصر"

٣- وقوله صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن سؤر الهرة : "أنه ليس بنجس إنها من الطوافين عليكم والطوافات"

٤- وقوله عليه الصلاة والسلام : "لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يفسد"

٥- وقوله عليه الصلاة والسلام : كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمة، فزوروها فإنها تذكر بالآخرة "

٦- وقوله عليه الصلاة والسلام : "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أبنة أخيها ولا على إبنة أختها، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن"

ب- إختلاف أسلوب الشارع فى بيانه للأحكام :

فالأمور التى تتغير المصلحة فيها ، أو تختلف بإختلاف الأزمنة، جاء بيانه لها بقواعد ومبادئ عامة حيث تكون مرنة تتسع لحاجة الناس المتطورة على مدى الدهر، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق فى كل مكان وزمان .

ومن هذه الأمور : المعاملات ، والعلاقات الدولية ، والحكم بالشورى وغير ذلك .

أما الأمور التى لاتتغير المصلحة فيها ولا تتبدل مطلقا مهما تتابع الزمان وتغير المكان ، فقد بينها وحددها بالتفصيل والتوضيح، وذلك كأحكام المواريث، وأحكام الأسرة، كما حدد العقوبات المترتبة على الجنايات التى لا تتغير المفسدة المترتبة عليها مطلقا : كالقتل ، والسرقة ، وقطع الطريق ، والزنا ، والقذف .

جـ - تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ودفع المفسدة الكبيرة على دفع ماهو أقل :

وهذا واضح فى كثير من الأحكام ، ومن ذلك ما يلى :

١- روى أن أحد ملوك الأندلس يدعى عبد الرحمن بن الحكم الأموى واقع أحدى زوجاته فى نهار رمضان ، ثم ندم على فعلته ، وجمع العلماء وسألهم عن كفارة هذه الجريمة الشنعاء ، فأفتاه يحيى بن يحيى - تلميذ الإمام مالك ثم صار فقيه الأندلس - بأن يصوم شهرين متتابعين فلما خرجوا قال له بعضهم : لما لم تفته بمذهب إمامك وهو التخيير بين العتق، والأطعام، والصيام؟ فقال يحيى : لقد حملته على أصعب الأمور حتى لا يعود إلى هذا الفعل لأننا لو فتحنا له هذا الباب لسهل عليه أن يفعل ذلك كل يوم .

فقد بنى هذا الفقيه فتواه على صلحة خاصة وهى أن فى إلزام ذلك الملك بالصوم زجرا له على العودة إلى إنتهاك حرمة الصيام مرة ثانية .

ولكن الشارع الحكيم ألغى هذه المصلحة فى كفارة الصيام، حيث أن جبها على سبيل التخيير بين أمور ثلاثة هى : العتق ، والصيام ، والإطعام كما هو مذهب مالك ، أما غيره من الإئمه فيرى أن الكفارة هى : الإعتاق فقط للقادر عليه ، والصيام لغير القادر عليه ، والإطعام لمن يعجز عن الصيام .

وذلك لأن المصلحة فى الزجر يعارضها مصلحة أرجح منها وهى : عتق الأرقاء ، وإطعام المساكين والفقراء.

وهذه مصالح متعددة يترتب عليها تحقيق النفع لعدد كبير من الناس، أما الزجر فمصلحة خاصة بالملك وأمثاله فقط ، فتقدم الأولى على الثانية .

٢- إذا تترس الكفار بجماعة من المسلمين بحيث إذا إمتنع المسلمون عن قتلهم للمحافظة على حياة من تترسوا بهم غلب الكفار حتما، وأستأصلوا شأفتهم ، وإذا قتلوا من تترسوا بهم ، إندفعت هذه المضرة عن المسلمين كافة ، ففى هذه الحالة يباح قتل هؤلاء المسلمين ، تحقيقا لمصلحة المسلمين عامة بالتغلب على الكفار ومنعهم من إبادتهم .

٣- ألغى الشارع الحكيم المصلحة المرجوحة فى المحافظة على النفس بعدم قتال الأعداء والإستسلام لهم ، فقال تعالى : ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم ، وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم ، وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم والله يعلم وأنتم لا تعلمون﴾ .

وقال أيضا : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار﴾ .

وذلك لوجود مصلحة أرجح منه ، وهى المحافظة على سلامة الأمة وعدم المساس بعقيدتها ووطنها .

المبحث الخامس

فى

تحقيق العدالة بين الناس

لقد أسس الشارع الحكيم تشريعه العظيم على مبدأ هام ألا وهو تحقيق العدل والمساواة بين الناس جميعا ، فالكل سواء أمام الخضوع لأحكامه ، والمحاسبة على مخالفتها ، فلا فرق بين حاكم ومحكوم، ولا بين عالم وجاهل، ولا بين شريف ووضيع ، ولا بين عربى وعجمى ، ولا بين غنى وفقير ، ولا بين أبيض وأسود .

فالشريعة الغراء لا تفرق بين الناس بسبب الجاه أو المال ، أو الحسب والنسب ، أو الجنس ، أو اللون ، أو النوع ، لأنها شريعة عامة لكل الناس فى كل زمان ومكان .

وقد صرح القرآن الكريم بهذا لمبدأ العظيم ، ونطقت به السنة المطهرة ، وعمل به الخلفاء الراشدون، وبسببه دخل الناس فى دين الله حبا فى عدل الإسلام ، وفرارا من ظلم حكامهم ، وإليك بيان ذلك :-

أولا القرآن الكريم :

١ - قال الله تعالى : ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾ .

٢- وقال عز وجل : ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ .

ففى هاتين الآيتين يأمر المولى عز وجل بتحقيق العدل المطلق بين الناس، سواء كانوا مسلمين أو ليسوا بمسلمين .

لأنه عبر بلفظ الناس ، ولم يعبر بلفظ المؤمنين، فلابد أن تكون العدالة بين

٣- وقال سبحانه : ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنئان قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله إن الله خبير بما تعلمون﴾ .

ففى هذه الآية الكريمة يأمر الله المؤمنين بالعدل ، ويحذر من تركه لأى سبب من الأسباب .

٤- وقال عز وجل : ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ، إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا ، وأن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا﴾ .

فهذه الآية الكريمة توجب على الإنسان العدل فى تحمل الشهادة وفى أدائها إذا طلب منه ، حتى ولو كانت الشهادة على نفسه أو على والديه أو على أحد أقاربه ، ولا فرق فى ذلك بين غنيهم وفقيرهم فالله أولى بهما ، وينبغى على الإنسان أن يتذكر ذلك دائما ، فلا يتبع الهوى والشهوة ويترك تحقيق العدالة ، ويقوم بتحريف الشهادة أو يمتنع عن أدائها لأى سبب مهما كان .

ثانيا السنة المطهرة :

١- حينما سرقت إمرأة مخزومية ورفع أمرها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم واعترفت بالسرقة ، ذهب قومها إلى أسامة بن زيد ليشفع لها عنده عليه الصلاة والسلام ، ولما كلم أسامة رسول الله فى ذلك غضب منه غضبا شديدا وقال : "أتشفع فى حد من حدود الله ؟ ثم جمع الناس وخطبهم فيهم قائلا : يا أيها الناس إنما ضل من كان قبلكم ، إنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يديها"

فهذا الأسلوب القاطع فى منع المحاباه ، والتطبيق العملى الرائع للعدالة يدلان دلالة واضحة على أن المساواة أصل أصيل فى التشريع الإسلامى.

٢- قال الرسول صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بشأن إهدار المتبقى من ربا الجاهلية : "ألا أن ربا الجاهلية موضوع عنكم كله لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تُظلمون وأول ربا موضوع أبدا ربا عمى العباس ابن عبد المطلب "

ثالثا الخلفاء الراشدين :

١- حينما ولى أبو بكر الخلافة خطب الناس قائلا : انى قد وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن أحسنت فأعينونى ، وإن أسأت فقومونى ، الضعيف فيكم قوى عندى حتى آخذ الحق له ، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه .

٢- جاء مصرى إلى عمر بن الخطاب يشتكى إليه ابن عمرو بن العاص حاكم مصر ، لأنه ضربه دون وجه حق لأنه سبقه ، فاستدعى هذا الخليفة العادل عمرو وابنه معا لمقر الخلافة ، ولما ثبتت التهمة قال عمر للمصرى : إضرب بين الأكرمين ، ويلتفت إلى عمرو ويقول قولته الشهيرة "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا " .

٣- وكان إذا نهى الناس عن شئ جمع أهله وقال لهم : "إنى نهيت عن الناس عن كذا وكذا ، وإن الناس ينظرون إليكم نظر الطير إلى اللحم ، وأقسم بالله لا أجد أحدا منكم فعله إلا أضعفت عله العقوبة .

٤- ولقد ضرب عمر أبا شحمه ابنه الحد فى الشرب وفى أ ر آخر فمات من ذلك .

د- وقال مرة لجلسائه : "أرأيتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم ، ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما على ؟ فرد الناس: بأن نعم ، فقال : لا حتى انظر فى عمله أعمل بما أمرته أم لا " .

لأنه رضى الله عنه كان يرى أنه مسئول شخصيا عن كل تصرف من تصرفات عمله ، ولقد قال مرة : "أيما عامل لى ظلم أحدا وبلغنى مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته " .

وكان يقول للوالى : "افتح لهم بابك وباشر أمورهم بنفسك فإنما أنت رجل منهم غير أن الله جعلك أثقلهم حملا"

٦- وماكان يتردد فى أن يرد الحق إلى صاحبه بأية وسيلة حتى ولو كانت الضرب لكبير فى قومه ، فهذا أبو سفيان قد ظلم أحد المسلمين فيأمره بأن يرد الحق إليه فتردد أبو سفيان ، فهوى عمر عليه بالدرة ولا يدعه حتى رد إليه حقه.

كما كان ينصف المظلوم مهما كانت منزلته وديانته وجنسيته، فلقد شكا أحد الفرس الوالى إليه لأنه اغتصبه أرضا أستغلها للنفع العام بغير رضا منه، فكتب إليه عمر "بعد تحية الإسلام يقول : انصف فلانا من نفسك وإلا فأقبل والسلام "

٧- تحاكم على بن أبى طالب إلى شريح -وهو من كبار التابعين وكان قاضيا فى عهد على - فى درع له وجدها عند اليهودى وادعى ملكيته لها ، وأنكر اليهودى ذلك وقال : درعى وفى يدى ، فطلب شريح من على إثبات دعواه ، فدعا مولاه قنبرا فشهد له، ودعا الحسن ابنه فشهد له كذلك ، فقال شريح : أما شهادة مولاك فقد أجزتها لك ، وأما شهادة ابنك فلا أجيزها ، وكان من رأى على جواز شهادة الإبن لأبيه ، فسلم على الدرع لليهودى ، فقال اليهودى : أمير المؤمنين مشى معى إلى قاضيه فقضى عليه

يرضى به ، ثم قال الحلي : صدقت والله انها لدرعك ، وأسلم اليهودى ، وكان مع على حتى قتل فى واقعة صفين .

٨- وقع بين الخليفة هارون الرشيد وبين نصرانى خصومة رفعا أمرها إلى القاضى أبي يوسف فحكم على الرشيد ، ولما أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أنى وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين ، إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد وبكى .

هذا هو عدل الإسلام وتسويته بين الناس دون تفرقه لأى سبب من الأسباب فأى عدالة تعدل هذا التشريع وأى قانون يعامل الناس هذه المعاملة أنه لن يصل قانون مطلقا إلى بعض ما أسست عليه الشريعة الإسلامية مهما أعطى له من مسميات رنانة كقانون حقوق الإنسان العالمى ، ولا غرابة فى ذلك فالتشريع الإسلامى من عند الله عز وجل العليم الخبير بعباده الذى لايخطئ، أما التشريع الوضعى القاصر فمن عند البشر الذى كثيرا مايخطئ ، وشتان بين ما يخطئ وهو البشر وبين من لا يخطئ وهو الله .

الباب الثاني
في
الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي

﴿عصور الفقه الإسلامي﴾

لقد مر الفقه الإسلامي بعدة أدوار حتى بلغ اعلى درجة من الكمال والإزدهار .

وكلاً منا في هذا الباب يقع في فصول ستة :-

الفصل الأول : في دور النشأة " عصر النبوة "

الفصل الثاني : في عصر الخلفاء الراشدين

الفصل الثالث : في عصر الدولة الأموية .

الفصل الرابع : في عصر الإزدهار الفقهي .

الفصل الخامس : في عصر التقليد والجمود .

الفصل السادس : في العصر الحاضر .

* *

الفصل الأول
فى دور النشأة
﴿ الفقه فى عصر النبوة ﴾

ينقسم هذا الفصل إلى سبعة مباحث :-

المبحث الأول : فى الدعوة إلى العلم .

المبحث الثانى : فى التشريع بين مكة والمدينة .

المبحث الثالث :فى كيفية نزول آيات الأحكام .

المبحث الرابع : فى مصادر التشريع فى هذا العصر.

المبحث الخامس : فى حكمة نزول القرآن الكريم منجماً.

المبحث السادس : فى الإجتهاد فى هذا العصر .

المبحث السابع : فى خصائص التشريع فى هذا العصر .

المبحث الأول
فى
الدعوة إلى العلم

كان الرسول صلى الله عليه وسلم أمياً لا يقرأ ولا يكتب كما هو الحال بالنسبة لما عليه غالبية العرب فى ذلك الوقت .

وعلى الرغم من ذلك فإن أول ما نزل به الوحى عليه صلى الله عليه وسلم هو دعوته إلى القراءة والعلم نظراً للأهمية العظيمة والقيمة الكبيرة للعلم والتعلم .

فأول ما نزل عليه صلى الله عليه وسلم من الوحى على لسان جبريل عليه السلام هو قوله تعالى **﴿ إقرأ باسم ربك الذي خلق ، خلق الإنسان من علق، إقرأ وربك الأكرم، الذي علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم ﴾** .

وقد قرأها صلى الله عليه وسلم بعد أن كررها جبريل عليه ثلاث مرات وهو يقول فى كل مرة منها : ما أنا بقارئ .

وقد فهم الرسول صلى الله عليه وسلم من هذا أن أساس دعوته التى سيقوم بتبليغها للناس هو العلم والفهم .

لذلك حارب الجهل . وفرض العلم على كل مسلم ومسلمة وحببهم فيه فقال صلى الله عليه وسلم : " فضل العلم خير من فضل العبادة " .

كما توعد المتعلمين الذين لا يقومون بنشر ما تعلموه ، وكذلك الجاهلين الذين يتقاعسون عن طلب العلم فقال صلى الله عليه وسلم فى خطبة له : " ما بال أقوام لا يفقهون جيرانهم ولا يعلمونهم ، ولا يعظونهم ، ولا يأمرونهم ، ولا ينهونهم وما بال أقوام لا يتعلمون من جيرانهم ، ولا يتفقهون ولا يتعظون والله ليعلمن قوم جيرانهم ويفقهونهم ويعظونهم

ويأمرونهم وينهونهم وليتعلمن قوم من جيرانهم ويتفقهون ويتعظون أو لأعجلنهم بالعقوبة " .

ولما وقع في أيدى المسلمين بعض الأسرى من القراء والكتاب جعل فداء كل منهم أن يقوم بتعليم عشرة من المسلمين القراءة والكتابة . وفضل هذا العمل على إفتدائهم بالمال رغم شدة الحاجة إليه فى ذلك الوقت .

وقد إهتم الإسلام بالتعليم وحث عليه وشدد فى طلبه نظراً لأن طبيعة الدعوة الإسلامية أنها لا تعيش فى عقول مظلمة .

قال تعالى ﴿ قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ﴾ وقال أيضا ﴿ إنما يخشى الله من عباده العلماء ﴾ .

وقال سبحانه كذلك ﴿ كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات إلى النور ﴾ .

كما قرن المولى سبحانه العلم بالتقوى فقال تعالى ﴿ واتقوا الله ويعلمكم الله ﴾ .

وقال صلى الله عليه وسلم فى فضل العلم والحث على التعلم " تعلموا العلم فإن تعلمه لله خشية وطلبه عبادة ومذاكرته تسبيح والبحث عنه جهاد، وتعليمه لمن لا يعلمه صدقة، وبذله لأهله قربة ، لأنه معالم الحلال والحرام، ومنار سبل أهل الجنة ، وهو الأنيس فى الوحشة ، والصاحب فى الغربة ، والمحدث فى الخلوة والدليل على السراء والضراء، والسلاح على الأعداء، والزين عند الإخلاء يرفع الله به أقواماً فيجعلهم فى الخير قادة أئمة تقتفى آثارهم ، ويقتدى بفعالهم وينتهى إلى رأيهم ، ترغب الملائكة فى خلتهم ، وبأجنحتها تمسحهم ، ويستغفر لهم كل رطب ويابس وحيتان البحر وهوامه وسباع البر وأنعامه ، لأن العلم منار القلوب من الجهل ، ومصابيح الإبصار من الظلم يبلغ العبد بالعلم منازل الأخيار والدرجات

العلى فى الدنيا والآخرة ، التفكر فيه يعدل الصيام ، ومدارسته تعدل القيام ، به توصل الأرحام ، وبه يعرف الحلال والحرام ، وهو إمام العمل والعمل تابعه ، يلهمه السعداء ، ويحرمه الأشقياء " (رواه معاذ بن جبل رضى الله عنه)

وقال صلى الله عليه وسلم أيضاً " من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين" .

المبحث الثانى
فى
التشريع بين مكة والمدينة

لقد استمرت مدة التشريع فى عصر النبوة إثنتين وعشرين سنة وبضعة أشهر .

وتنقسم هذه المدة إلى مرحلتين : الاولى : قبل الهجرة أما الثانية فبعدها .

ونتكلم عن هاتين المرحلتين فى مطلبين إثنين :-

المطلب الأول : فى التشريع قبل الهجرة .

المطلب الثانى : فى التشريع بعدها .

المطلب الأول
فى
التشريع قبل الهجرة
"فى مكة"

بدأت الدعوة الإسلامية فى مكة المكرمة بداية فردية وأسلم مع النبى صلى الله عليه وسلم بعض الناس من قريش أولهم أبوبكر الصديق رضى الله عنه وكانت هذه الدعوة فى بداية الأمر سرية وإستمرت كذلك لمدة ثلاث سنوات ثم أمر الله عز وجل رسوله صلى الله عليه وسلم بأن يجهر بها .

فقال تعالى ﴿ فاصدع بما تؤمر واعرض عن المشركين ﴾ .

واستمر التشريع فى مكة حوالى ثلاث عشر سنة كان أكثرها جهاداً فى نشر الدعوة الإسلامية ودعوة الناس إلى عقيدة التوحيد ، ونبذ العادات القبيحة التى ألفها العرب قبل الإسلام وتوجيههم إلى التفكر والتدبر فى ملكوت السماوات والأرض وذلك ليحكموا بعقولهم على قدرة الخالق وقوته وعظمته وألوهيته .

ولم يشرع من الاحكام العملية فى هذه المرحلة إلا النادر القليل الذى يحتاجه الناس في هذه الفترة .

كما أن القدر الذى نزل من القرآن فيها يقل عن الثلثين بقليل .

المطلب الثانى
فى
التشريع بعد الهجرة
(فى المدينة)

ولما أذن الله عز وجل لرسوله صلى الله عليه وسلم بالهجرة من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة ، هاجر إليها ومعه بعض أصحابه وقابلهم أهلها بالبشر والترحاب .

وقد بدأت تتكون الدولة الإسلامية فى المدينة ، لذلك تغيرت الظروف والأحوال وأصبحت مهمة الرسول صلى الله عليه وسلم لا تقتصر على الأمور الدينية فقط كما كان الحال فى مكة ، بل تعدتها إلى جميع الشئون التى تحتاجها الدولة لقيام كيانها والمحافظة عليها .

لذلك إتجه التشريع الإسلامى إلى تنظيم هذه الدولة داخلياً ، وخارجياً .

وإليك بعض الأمور التى نظمها التشريع الإسلامى فى هذه المرحلة :-

١- القضاء والحكم : - فقد وضع التشريع الإسلامى أسساً عامة للقضاء والحكم ومن هذه الأسس ما يلى :-

ا- أمر الله عز وجل الحاكمين بين الناس بأن يحكموا بينهم بالعدل فقال جل شأنه ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ .

ب- وأمر الله سبحانه الناس بأن يدلوا بشهادتهم ولا يكتمونها فقال تعالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ .

جـ - وأمرهم كذلك بألا يدلوا بأموالهم إلى الحكام حتى يأكلوا أموال غيرهم بالباطل فقال تعالى ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون** ﴾ .

د- وطلب منهم أن يكونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسهم أو الوالدين والأقربين فقال تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا** ﴾

هـ- ونهاهم عن شهادة الزور فقال تعالى ﴿ **والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراماً** ﴾ .

٢- المعاملات المالية :- فقد نظم التشريع الإسلامى أحكام هذه المعاملات التى يحتاجها الناس فى حياتهم اليومية والتى لاغنى عنها للإنسان مطلقاً ، وقد بناها على قواعد عامة حتى تكون مرنة تتسع لحاجات الناس المتطورة .

٣- الجرائم والعقوبات :- إهتم التشريع الإسلامى أيضاً بكل ما يحقق الأمن والأمان للناس فشرع الحدود والعقوبات التى توقع على المجرمين العابثين بأمن الفرد والجماعة على حد سواء .

٤- أحكام المواريث :- وضع التشريع الإسلامى نظاماً محكماً لتوزيع التركات يقوم على العدل والإنصاف حيث أزاح الظلم الذى كان يلحق المرأة والصغير قبل الإسلام وجعل لهما نصيباً فى التركة أيضاً كما هو الشان بالنسبة للرجل والكبير .

٥- أحكام الأسرة :- نظم التشريع الإسلامى أيضاً أحكام الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والأقارب وكل ما تحتاجه الأسرة من أحكام حتى تقوم على أساس قوى ورباط متين ، لان فى صلاح حال الأسرة صلاح المجتمع بأسره.

٦- **الجهاد والسير :** لم يقتصر التشريع الإسلامى على تنظيم ما يحتاجه الأفراد داخلياً ، وإنما تعدى ذلك إلى ما تحتاجه الدولة فى علاقاتها مع غيرها من الدول الأخرى غير المسلمة .

فنظم أحكام الجهاد وقواعد الحرب ، وبين من يجوز قتاله ومن لا يجوز ،وما يكون عليه الأمر فى معاملة الأسرى وتقسيم الغنائم ، كما وضح كيفية معاملة غير المسلمين المقيمين على أرض الإسلام والمقيمين خارجها وقد إستمرت فترة التشريع فى المدينة حوالى عشر سنوات وما نزل بها من القرآن الكريم يقدر بالثلث أو يزيد عنه قليلاً .

المبحث الثالث
في
كيفية نزول آيات الأحكام

لم تنزل آيات الأحكام في الكتاب الكريم بأسلوب واحد ، وإنما نزلت على ثلاث حالات هاك بيانها :-

الحالة الأولى :- إجابة عن سؤال أى بطريق السؤال ثم الإجابة عليه وذلك في آيات ثمانية هي :-

١) قوله تعالى ﴿ **يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ، قل قتال فيه كبير** ﴾ .

٢) قوله عز وجل ﴿ **يسألونك عن الخمر والميسر ، قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما** ﴾ .

٣) قوله سبحانه ﴿ **ويسألونك عن المحيض قل هو أذى** ﴾.

٤) قوله عز من قائل ﴿ **ويسألونك ماذا ينفقون ، قل العفو** ﴾ .

٥) قوله تباركت أسماؤه ﴿ **ويسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل** ﴾ .

٦) قوله تجلت عظمته ﴿ **ويسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح** ﴾ .

٧) قوله جل ثناؤه ﴿ **ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير** ﴾ .

٨) قوله تجلت قدرته ﴿ **يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول** ﴾ .

الحالة الثانية : بيان لإستفتاء وذلك فى آيتين هما :

١) قوله سبحانه ﴿ ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن ﴾ .

٢) قوله عز وجل ﴿ يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ﴾ .

الحالة الثالثة : بيان الحاجة وإظهار الحكم دون سؤال أو إستفتاء وذلك فيما عدا ما سبق من آيات ، وهى كثيرة منها ما يلى :-

١) قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

٢) قوله عز وجل ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ..... ﴾ .

٣) قوله سبحانه ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ .

٤) قوله عز من قائل ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساءً فوق إثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ﴾.

٥) قوله تعالى ﴿ فإنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾ .

٦) قوله عز وجل ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ .

٧) قوله سبحانه وتعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾

٨) قوله تعالى ﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ﴾ .

٩) وقوله سبحانه ﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءاً بما كسبا نكالاً من الله ﴾.

١٠) قوله تجلت قدرته ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ .

وغير ذلك من الآيات التى بينت الأحكام دون سؤال أو استفتاء .

وهكذا استمر التشريع فى النزول شيئاً فشيئاً حتى أكتمل بقوله تعالى ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾

وكان ذلك قبل وفاة خاتم الرسل محمد صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشهر .

المبحث الرابع
فى
مصادر التشريع فى هذا العصر

لم يكن للتشريع فى عصر النبوة سوى مصدر واحد فقط هو الوحى بقسميه أى سواء كان قرآناً أو سنةً .

أما القرآن فهو المصدر الأول للتشريع وهو كلام الله تعالى المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم باللفظ العربى والمنقول إلينا بالتواتر .

والقرآن الكريم لفظه ومعناه من عند الله تعالى ، وقد أحاط بكل الأصول العامة ، والقواعد اللازمة التى يتطلبها كل قانون وجاء فيه كل ما يحتاجه الناس من تشريعات يوكد ذلك قوله تعالى ﴿ ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء ﴾.

والقرآن الكريم فى بيانه للإحكام التى إحتواها أتى بها على نوعين :-

النوع الأول : بيان إجمالى وهو ذكر الأحكام الكلية والقواعد العامة وهذا النوع هو الغالب فى القرآن الكريم ، فالصلاة والزكاة و الحج كلها أحكام ذكرت فيه إجمالاً حيث لم يحدد عدد الركعات ، ولا كيفية الصلوات ، كما لم يحدد الأموال الواجب فيها الزكاة ولا مقدارها وغير ذلك ، كما لم يوضح مناسك الحج ،ومثل ذلك فى المعاملات فإنها ذكرت إجمالاً .

وإلى جانب هذه الأحكام الكلية نجد القواعد العامة ، كقاعدة الشورى المقررة بقوله تعالى ﴿ وشاورهم فى الأمر ﴾ ،، وبقوله تعالى أيضاً ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ .

وقاعدة الوفاء بالعقود والعهود وجميع الالتزامات المقررة بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ . وبقوله تعالى أيضا : ﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ﴾ .

وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات المقررة بقوله تعالى : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ .

وقاعدة العقوبة على قدر الجريمة المقررة بقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾.

وقاعدة عدم المسئولية عن فعل الغير المقررة بقوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ .

وإلى جانب الأحكام الكلية والقواعد العامة نجد المبادىء العامة كمبدأ حرمة مال الغير المقرر بقوله تعالى : **﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾.**

والحكمة من مجيء هذه الأحكام على سبيل الإجمال أن الأحكام الكلية والقواعد والمبادىء العامة تكون مرنة وشاملة بحيث تتسع لحاجات الناس المتطورة على مر العصور والأزمان ، وبهذا تكون الشريعة صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان .

النوع الثانى : البيان التفصيلى وهو ذكر أحكام الجزئيات وهذا النوع قليل فى القرآن الكريم كأحكام المواريث وأحكام الأسرة .

والحكمة من بيان هذه الأحكام بالتفصيل ، أن هذه الأحكام إما تعبدية لا مجال للعقل فيها ، وإما أنها معقولة المعنى يمكن إدراك المصلحة من تشريعها إلا أنها مصلحة ثابتة غير متغيرة بتغير الأزمنة والأمكنة ..

وأما السنة المطهرة فهى المصدر الثانى للتشريع ، وهى الأقوال ، والأفعال ، والتقريرات الصادرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم فى مجال الهداية والتشريع .

والسنة ألفاظها من عند الرسول صلى الله عليه وسلم أما معناها فمن عند الله عز وجل وذلك لقوله تعالى ﴿ وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى﴾ والسنة أتت إما مؤكدة لما جاء فى القرآن الكريم من أحكام ، وإما مبينة للنصوص المحتاجة إلى بيان . وإما ناسخة لحكم منه ، وإما أتت بأحكام جديدة لا وجود لها فى القرآن الكريم ، كما سنرى فيما بعد .

المبحث الخامس
في
حكمة نزول القرآن الكريم منجما

لم ينزل القرآن الكريم على محمد صلى الله عليه وسلم جملة واحد وإنما نزل منجماً أى مفرقاً على فترات متعاقبة .

فأحياناً كانت تنزل سورة بكمالها مثل سورتي الفاتحة والمدثر ، وتارة ينزل عشر آيات كالعشر آيات الأولى من سورة المؤمنون ، وأحياناً ينزل خمس آيات أو أقل وهذا كثير ، وتارة تنزل آية واحدة وهذا أكثر .

وقد صح أنه نزل بعض آية فقط وهو قوله تعالى ﴿ غير أولى الضرر﴾ فقد نزل بعد ما نزل قوله تعالى ﴿ لا يستوى القاعدون من المؤمنين ﴾ .

وقد نزل القرآن الكريم منجماً لحكم متعددة منها ما يلى :-

١- تيسير حفظه على النبى صلى الله عليه وسلم وعلى المسلمين من العرب وقد كان أغلبهم لا يعرف القراءة والكتابة ولا تعو. أن يتلقى العلم .

وكل إنسان شأنه هكذا من الصعب عليه حفظ الكلام المنثور والوقوف على معناه والإحاطة به مرة واحدة خاصة إذا كان مطولاً .

يقول المولى عز وجل ﴿ وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذاً لارتاب المبطلون ﴾ .

ويقول أيضاً ﴿ هو الذى بعث فى الأميين رسولاً منهم يتلو عليهم آياته ﴾

٢- لقد اقتضت الحكمة أن يكون من أحكام القران الكريم ما هو إجابة عن سؤال أو بيان عن إستفتاء ، أو بيان لحكم واقعة حتى يكون ذلك أبعث على القبول وأدعى للإمتثال ، ولتكون هذه الأمثلة قرائن معنوية يستعان بها على فهم القرآن الكريم ، والتعرف على أسراره ، والوقوف على بلاغته وفصاحته وتناوله للأحكام بأساليب متنوعة .

٣- إن فى القرآن الكريم ما هو ناسخ ومنسوخ وهذا لا يتأتى إلا إذا نزل منجماً

٤- إن فى إنزال القرآن الكريم منجماً رحمة بالناس حيث كان العرب قبل الإسلام يعيشون فى إباحية مطلقة ، وكانوا يكرهون كل ما يقيد من حرياتهم ، وقد كانت لهم عادات سيئة وخصال قبيحة ، فلو نزل القرآن الكريم عليهم دفعة واحدة لثقلت عليهم التكاليف ، ولم تتلقاها العقول بالقبول .

يدل على ذلك ما قالته السيدة عائشة فيما رواه عنها الإمام البخارى قالت **"إنما نزل أول ما نزل سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام ، نزل الحلال والحرام ، ولو نزل أول ما نزل . لا تشربوا الخمر لقالوا: لا ندع الخمر أبداً ولو نزل لا تزنوا لقالوا: لا ندع الزنا أبداً ".**

المبحث السادس
في
الإجتهاد في هذا العصر

إن الإجتهاد في عصر النبوة ، إما أن يكون من النبى صلى الله عليه وسلم وإما أن يكون من الصحابة . ونتكلم عن إجتهاد كل منه ومنهم وذلك فى مطلبين إثنين:-

المطلب الأول : فى إجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم .

المطلب الثانى : فى إجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم .

المطلب الأول
فى
إجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم

ينقسم هذا المطلب إلى فروع أربعة :-

الفرع الأول : فى آراء العلماء حول إجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم.

الفرع الثانى : فى الحكمة من إجتهاده صلى الله عليه وسلم .

الفرع الثالث : فى الخطأ فى إجتهاده صلى الله عليه وسلم .

الفرع الرابع : فى الأسس التى كان يراعيها فى إجتهاده صلى الله عليه وسلم .

الفرع الأول
فى
آراء العلماء حول إجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم

ذكرنا أن الوحى كان مصدر التشريع فى هذا العصر ، إلا أن هناك بعض المسائل لم يكن قد نزل فيها وحى فهل يجوز للرسول صلى الله عليه وسلم أن يجتهد فيها برأيه ، أم لا يجوز له ذلك وبالتالى تترك بدون حكم ؟

للإجابة على ذلك نفرق بين حالتين :-

الحالة الأولى : المسائل المتعلقة بالحل والحرمة ، الحالة الثانية : المسائل التى لا تتعلق بالحل والحرمة وإليك الكلام عن اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم فى كل من هاتين الحالتين :-

الحالة الأولى : المسائل المتعلقة بالحل والحرمة :-

إختلف العلماء فى اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم فى هذا النوع من المسائل ولهم فيه آراء أربعة إليك بيانها .

الرأى الأول : ذهب الأشاعرة ، والمتكلمون ، وبعض المعتزلة إلى أنه لا يجوز الاجتهاد فيها مطلقاً .

واستدلوا على ذلك بما يلى :-

١) قول الله تعالى : ﴿ **وما ينطق عن الهوى إن هو الا وحى يوحى** ﴾.

وأجيب عن ذلك بأن الضمير فى الآية الكريمة يحتمل أن يكون عائداً على القرآن الكريم فقط .

كما أن اجتهاده صلى الله عليه وسلم ليس كاجتهاد غيره بل هو ينتهى إلى الوحى ، لأنه لو كان صواباً فإن الوحى يقره عليه ، وإن كان خطأ فإن الوحى يناقضه ويبين له وجه الصواب .

٢) إن ما يأتى به الوحى يكون صواباً محضاً لا يحتمل الخطأ ، أما إجتهاده بالرأى فيحتمل الخطأ والصواب ، ولا يجوز العدول عما هو صواب محض إلى ما يحتمل الخطأ والصواب متى كان الأول ممكناً .

ونجيب عن ذلك بأن هذا الكلام يصح فيما لو ترك الوحى وإجتهد برأيه ، ولكن محل النزاع هنا هو إجتهاده صلى الله عليه وسلم فى المسائل التى لم ينزل فيها وحى .

كما ان هذا الإجتهاد ايضاً ينتهى إلى وحى لأنه إذا صادف الصواب أقره الوحى وإذا لم يصادف الصواب فإن الوحى يناقضه ويبين له الصواب ، فالإجتهاد إذن لابد أن يئول إلى وحى .

الرأى الثانى : ويرى الجبائى والقاضى أنه لا يجوز له الإجتهاد إلا فى المسائل المحتاجة إلى حل عاجل وسريع ، كمسائل الحروب ، وذلك خوفاً من فوات الحادثة بلا حكم .

الرأى الثالث : وذهب الأحناف إلى جواز إجتهاده صلى الله عليه وسلم فى جميع المسائل ، غير انه مأمور بإنتظار الوحى قبل أن يقدم على الإجتهاد ،فإذا خاف فوت الغرض إجتهد دون إنتظار له .

لأنّ عدم نزول الوحى إليه يكون إذناً له بالإجتهاد ،وإستدلوا على ذلك بما روى عن أم سلمة أنها قالت :-

" جاء رجل من الأنصار إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى مواريث بينهما قد درست ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم " إنما أنا بشر وإنكم

تختصمون إلى ، وإنما أقضى برأيى فيما لم ينزل فيه ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار جهنم يأتى بها يوم القيامة فى عنقه ".

الرأى الرابع : وذهب عامة الأصوليين ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد إلى انه يجوز للرسول صلى الله عليه وسلم أن يجتهد فى جميع الأحكام دون إنتظار للوحى .

وهذا هو الرأى الراجح لأنه هو الذى يؤيده الواقع فقد إجتهد الرسول صلى الله عليه وسلم بالفعل فى مسائل كثيرة ، وقد يقع الخطأ فى إجتهاده ولكن الوحى لا يقره عليه وإنما يناقضه ويبين له الصواب لأنه معصوم من الإقرار على الخطأ أما إذا اصاب فإن الوحى يقره عليه .

الحالة الثانية : المسائل التى لاتتعلق بالحل والحرمة :-

أما هذه المسائل فقد إتفق العلماء على أنه يجوز الإجتهاد فيها وقد إجتهد فيها فعلاً وأفتى برأيه دون وحى .

والأمثلة على ذلك كثيرة منها ما يلى :-

١) جاءت إمرأة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وقالت له : إن أمى ماتت وعليها صوم نذر ، أفاصوم عنها ؟ قال : "أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه أكان يجزى ذلك عنها ؟ قالت : نعم ،قال: فدين الله أحق أن يقضى".

روى ان رجلاً من خثعم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال له : إن أبى أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل ، والحج مكتوب عليه ، أفاحج عنه ؟ قال : انت أكبر ولده ، قال : نعم ، قال : أرأيت

لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزىء ذلك عنه ، قال : نعم ، قال : فأحجج عنه" .

٣) سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف يقضى الإنسان شهوته ويؤجر عليها ؟ فقال له : "أرأيت لو وضعها فى حرام أكان عليه وزر ؟ قال : نعم ، قال : فكذلك إذا وضعها فى حلال كان له أجر" .

٤) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل انكر ولده لأن زوجته أتت به أسوداً على غير لون أبيه : "هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال: حمر ، قال : هل فيها من أورق ؟ قل : نعم ، قال فمن أين ؟ قال : لعله نزعة عرق ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وهذا لعله نزعة عرق" .

٥) قال عمر بن الخطاب : يا رسول الله . لقد صنعت اليوم أمراً عظيماً ، قبلت زوجتى وأنا صائم ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : "أرأيت لو تمضمضت بالماء وأنت صائم ، فقلت : لا بأس به ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ففيم أى شىء هذا الأسف !!"

٦) قصة خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن الصامت لما ظاهر منها زوجها بقوله لها " أنت على كظهر امى " فشكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فقال لها: " لقد حرمت عليه "، فجادلته قائلة : إنه لم يذكر طلاقاً فقال لها أيضاً " لقد حرمت عليه " فقالت : اشكو إلى الله ، فسمع لها الله وأنزل فى شأنها قرآناً وهو قوله تعالى ﴿ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ﴾ .

٧) فى غزوة بدر الكبرى نزل الرسول صلى الله عليه وسلم فى مكان بعيد عن الحياض ، فقال له الخباب بن المنذر : أهذا منزل أنزلكه الله فلا تعدل عنه أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟ فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " بل هو الراى والحرب والمكيدة ، فقال الخباب : إنى أرى أن تنزل على الماء وتأخذ الحياض ، فوافقه النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك" .

٨) وفى نفس الغزوة أيضاً لما وقع فى أيدى المسلمين بعض الاسرى ، سال النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه الراى فيهم . فاختلفوا فى ذلك فقال ابو بكر: "قومك وأهلك إستبقهم لعل الله يتوب عليهم وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك" . وقال عمر بن الخطاب : " كذبوك وأخرجوك من بلدك فقومهم وأضرب أعناقهم " فأخذ الرسول صلى الله عليه وسلم برأى أبى بكر ، فنزل الوحى يناقضه ويبين له الصواب وأن الأولى كان قتلهم كما رأى عمر . فقال تعالى **﴿ ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ﴾**.

٩) إذنه صلى الله عليه وسلم للطائفة التى تخلفت عن غزوة تبوك وكان فيهم الصادق والكاذب لما أبدوه من اعذار ، فعاتب الله عز وجل رسوله صلى الله عليه وسلم على ذلك لأنه أذن لهم دون أن يتحرى صدق أو كذب كل منهم فقال تعالى :**﴿ عفا الله عنك لما أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين ﴾** .

١٠) حينما هاجر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المدينة ووجد أهلها يؤبرون النخل نهاهم عن ذلك ، فقالوا : أنه لا يصلح الثمر إلا بذلك ، فنهاهم أيضاً فإمتثلوا لأمره ولم يؤبروه ، فتلف الثمر ، فلما علم الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك قال لهم : " **أنتم أعلم بشئون دنياكم** " .

الفرع الثانى

فى

الحكمة من إجتهاده صلى الله عليه وسلم

والحكمة من إجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم ما يلى :-

١) إرادته صلى الله عليه وسلم أن يعلم الناس الإجتهاد وأن يبين لهم طرق إستنباط الأحكام .

لذلك كثيراً ما كان يبين الأحكام مقرونة بعللها كقوله صلى الله عليه وسلم فى الحكمة من طهارة سؤر الهرة "**إنها من الطوافين عليكم والطوافات**" وقوله فى الحكمة من تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها والعكس : "**إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن**" .

٢) إن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع كلها ، وقد أتت قواعدها عامة ، وأحكامها مجملة ، وأصولها كلية ، ولما كانت النصوص متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى فلزم الإجتهاد فيها حتى يمكن أن تفى بحاجات الناس المتجددة والمتطورة وبذلك تكون صالحة التطبيق فى كل زمان ومكان .

الفرع الثالث
فى
الحكمة من الخطأ فى الإجتهاد

ذكرنا أن الرسول صلى الله عليه وسلم إجتهد وأخطأ فى بعض إجتهاداته ، وإن كان الوحى لم يقره عليه وإنما ناقضه ويبين له الصواب .

وتتجلى الحكمة من وقوعه فى الخطأ فيما يلى :-

١) عدم تهيب العلماء من الاجتهاد خشية الوقوع فى الخطأ . فهو فتح لباب الاجتهاد بأوسع معانيه ، لأنه إذا وقع الخطأ فى إجتهادهم فلقد أخطأ من هو أفضل منهم وهو محمد صلى الله عليه وسلم .

ويؤكد ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن لأحد أصحابه وهو عمرو بن العاص بأن يجتهد فى حضرته ، فلما تحرج هذا الصحابى الجليل خوفاً من الوقوع فى الخطأ قال له صلى الله عليه وسلم : " **إجتهد يا عمرو فإن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر واحد** " .

٢) عدم تسرع الناس بالتنديد بالعلماء الذين يقع الخطأ فى إجتهادهم . لأنهم ليسوا بأفضل من محمد صلى الله عليه وسلم الذى أخطأ فى إجتهاده قبلهم .

الفرع الرابع

فى

أسس اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم

لقد كان صلى الله عليه وسلم يراعى فى اجتهاده الأسس التالية :-

١) الإستهداء بنصوص أحكام القرآن الكريم وروحها ومقاصدها ومن أمثلة ذلك ما يلى :-

(ا) لم يحرم القرآن الكريم من صور الجمع بين المحارم من النساء إلا حالة واحدة فقط وهى الجمع بين الأختين وذلك بقوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ﴾ فتحري الرسول صلى الله عليه وسلم الحكمة من هذا التحريم فوقف على أنها منع قطيعة الرحم ، لأن العدواة بين الضرائر ظاهرة لا تخفى على أحد . فحرم صوراً أخرى للجمع لتحقق نفس الحكمة فيها ، فحرم الجمع بين المراة وعمتها أو خالتها والعكس فقال صلى الله عليه وسلم " لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على إبنة أخيها ولا على إبنة أختها ، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن " .

(ب) لم يحرم القرآن الكريم من الأقارب من الرضاع إلا الأم والأخت فقال تعالى ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وإخواتكم من الرضاعة ﴾ فتحرى الرسول صلى الله عليه وسلم من هذا التحريم فوجدها متحققة فى بقية الأقارب من الرضاع ، فحرم الزواج بهن أيضاً فقال صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " .

٢) مراعاة مصلحة الجماعة حتى لو أدى ذلك إلى العدول عن مبدأ عام أو قاعدة كلية .

ومن امثلة ذلك ما يلى :-

(ا) فى غزوة خيبر رأى الرسول صلى الله عليه وسلم الصحابة قد أوقدوا تحت القدور ، فلما سألهم علام أوقدوها قالوا : على لحوم الحمر الأنسية ، فقال صلى الله عليه وسلم " أهريقوا ما فيها وأكسروها " فقال بعضهم : نهريق ما فيها ونغسلها فقال صلى الله عليه وسلم " أو ذاك " .

فالرسول صلى الله عليه وسلم قد راعى مصلحة الجماعة وعدل من الأمر بكسر القدور إلى الغسل فقط ، لأن المقصود طهارة القدور ويمكن ذلك بغسلها وإستعمالها وفى هذا مصلحة الجماعة .

(ب) القاعدة العامة فى البيع تقضى بعدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان ، وهذه القاعدة مقررة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام " لا تبع ما ليس عندك " ، إلا أنه صلى الله عليه وسلم لم وجد أهل المدينة يتعاملون بالسلم أقرهم عليه لما فيه من تحقيق مصلحة الجماعة .

٣) كانت الشورى أساساً فى اجتهاده المتعلق بمصلحة الجماعة ، فقد كان يشاورهم فى كل أمورهم ، ولم يكن مستبداً برأيه فيها مطلقاً وذلك إمتثالاً لقوله تعالى ﴿ وشاورهم فى الأمر ﴾ .

ومن أمثلة ذلك أسرى بدر فقد ذكرنا أنه صلى الله عليه وسلم استشار الصحابة فى شأنهم .

المطلب الثاني
في
اجتهاد الصحابة

لم يكن الاجتهاد في هذا العصر من الرسول صلى الله عليه وسلم فقط وإنما وقع من صحابته كذلك ، فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يوفدهم إلى الأماكن البعيدة كمعلمين وقاضين ومفتين وجامعيين للزكاة ومحاربين ، وقد أذن لهم في الجتهاد ، فاجتهدوا في غيبته كما اجتهدوا في حضرته أيضاً ، وكان يقرهم على اجتهادهم إن أصابوا ويناقضهم إن أخطأوا .

وإليك أمثلة من إجتهادهم :-

١) حينما قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأصحابه " لا تصلوا العصر إلا في بني قريظة". اختلفوا ، فمنهم من تمسك بحرفية الأمر ولم يصل العصر في وقته وإنما أسرع بالسفر ومنهم من راعى الحكمة من الأمر وأن المقصود هو الإسراع فقط فصلى .

ولما عرضوا ذلك على الرسول صلى الله عليه وسلم أقر كلاً من الفريقين على اجتهاده .

٢) عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حينما أرسله إلى اليمن قاضياً : " كيف تصنع إن عرض عليك قضاء ؟ قال: أقضي بما في كتاب الله ، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي لا آلوا .قال : فضرب رسول الله صدري ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله ".

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقر معاذ ابن جبل على الاجتهاد بالرأى حينما لا يجد نصاً فى الكتاب أو السنة .

٣) روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم أذن لبعض الصحابة صراحة بالاجتهاد وامرهم به . من ذلك قوله لعمرو بن العاص : " يا عمرو احكم فى هذه القضية ، فقال عمرو أأجتهد وأنت حاضر ؟ قال : نعم إن اصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر واحد ، فاجتهد عمرو وحكم فيها .

٤) قضى سعد بن معاذ فى بنى قريظة باجتهاده ، وأقره الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك وقال له: " لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سماوات" وكان هذا الصحابى الجليل قد حكم بأن يقتل رجالهم وتسبى ذراريهم ونساؤهم وكان حكمه هذا اجتهادا منه استند فيه إلى القياس ، حيث قاسهم على المحاربين الذين قال الله فيهم ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض** ﴾ .

أو قاسهم على أسرى بدر الذين بين الله فيهم أنه كان الأولى بهم القتل بدلاً من الإفتداء بالمال .

٥) كان بعض الصحابة فى سفر ، منهم عمربن الخطاب وعمار بن ياسر ، فأصابتهما جنابة ولم يكن لديهما ماء ليتطهرا به فاجتهد كل منهما ، فأما عمر فقد إمتنع عن آداء الصلاة لأنه فهم ان التيمم إنما يجزىء عن الوضوء فقط ولا يجزىء عن الغسل ، وأما عمار فقد تمرغ فى التراب ثم صلى لأنه فهم أن التيمم بمسح الوجه واليدين إنما هو فيما لو كان بدلاً عن الوضوء ، أما لو كان عوضاً عن الغسل فإنه يلزم وصول التراب إلى جميع البدن كما هو الحال فى الإغتسال .

فلما حضر الصحابة وقابلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبروه بما وقع من عمر وعمار قال عليه الصلاة والسلام لعمار : كان يكفيك أن تفعل هكذا ومسح وجهه ويديه .

وبذلك بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن التيمم كما يقوم مقام الوضوء يقوم مقام الغسل أيضاً ، وأن كيفيته واحدة فى الحالين .

٦) ما روى عن عمرو بن العاص أنه لما بعث فى غزوة ذات السلاسل قال: احتلمت فى ليلة باردة شديدة البرودة فأشفقت إن أغتسلت أن أهلك فتيممت، ثم صليت بأصحابى صلاة الصبح ، فلما قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكروا ذلك له فقال : "يا عمرو . صليت بأصحابك وانت جنب ؟ فقلت ذكرت قول الله تعالى ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ فتيممت ثم صليت فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئاً" .

فضحك الرسول صلى الله عليه وسلم تقرير لجواز التيمم للجنابة عند شدة البرد حتى مع وجود الماء .

هذه هى بعض أمثلة من إجتهاد الصحابة . وكما رأينا منها أنهم كانوا يجتهدون وبعد ذلك يعرضون هذا الاجتهاد على الرسول صلى الله عليه وسلم فإذا كان اجتهادهم على صواب أقرهم عليه ، أما إذا كان على خطأ فإنه لا يقرهم وإنما يبين لهم وجه الصواب .

المبحث السابع

فى

خصائص التشريع فى هذا العصر

لقد تميز التشريع الإسلامى فى عصر النبوة بعدة خصائص أهمها ما يلى :-

١) كملت أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة قبل وفاة النبى صلى الله عليه وسلم يدل على ذلك قول الله عز وجل ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾ .

وقد نزلت هذه الآية الكريمة قبل وفاة النبى صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشهر - كما ذكرنا - وكان ذلك فى حجة الوداع .

وقيل :أنها آخر ما نزل من آيات الأحكام ولم ينزل بعدها حلال ولا حرام.

وعلى ذلك يكون التشريع الإسلامى قد إكتمل حقيقة بوفاة النبى صلى الله عليه وسلم ولم يعد إلا تطبيق القواعد العامة وإستنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد بالرأى .

٢) كان رسول الله صلى الله عليه وسلم المرجع الوحيد فى القضاء والإفتاء ، فكان هو الحاكم والمفتى والمعلم لا أحد غيره . وما ذلك إلا لأن المصدر الوحيد للتشريع كان هو الوحى سواء كان قرآناً أو سنة .

وما صدر من إجتهادات من بعض الصحابة لا يعتبر تشريعاً إلا إذا اقره الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهذا الإقرار مصدره الوحى أيضاً ، حتى ما صدر من إجتهادات منه صلى الله عليه وسلم كان يرجع إلى الوحى ، لأن إجتهاده إذا كان صوابا أقره الوحى عليه وإذا كان خطأ ناقضه ويبين له وجه الصواب - كما سبق - .

ولهذا لم يكن هناك مجال للإختلاف فى حكم من الأحكام فى هذا العصر .

٣) كان الفقه الإسلامى فى هذا العصر واقعياً بعيداً عن الإفتراضات ، فلم يكن هناك فقه إفتراضى فى هذا العصر مطلقاً وإنما كانت الحادثة تحدث اولاً ثم ينزل الحكم الذى يبين حكم هذه الحادثة .

٤) ترتب على ذلك أن التشريع لم يثبت مرة واحدة ، وانما ثبت متفرقاً تبعاً للوقائع والنوازل .

٥) لم يترك الرسول صلى الله عليه وسلم لأصحاب فقهاً مدوناً وإنما ترك فقهاً محفوظاً فى الصدور ، وترك مجموعة من القواعد والمبادىء العامة ، والاحكام الجزئية مثبوتة فى الكتاب الكريم ، والسنة المطهرة ، ونبههم إلى علل الأحكام وأسرار التشريع ، وعلمهم طريقة الإستنباط للوصول إلى الحكم الذى يحقق مصالح الناس ويلائم حاجاتهم المتطورة فى كل زمان ومكان.

وقد إنتهى هذا الدور بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم فى العام الحادى عشر للهجرة .

الخلاصة

خلاصة القول أن مصدر التشريع فى هذا العصر كان هو الوحى سواء أكان قرآناً ام سنة ، وما وقع من اجتهاد فيه سواء كان من الرسول صلى الله عليه وسلم أو من صحابته كان مصدره الوحى أيضاً لان الاجتهاد إذا كان صواباً أقره الوحى ، أما إذا كان خطأ فإن الوحى يناقضه ويبين وجه الصواب . فالمرجع أولاً وأخيراً هو الوحى .

الفصل الثانى
فى
الدور الثانى
الفقه فى عصر الخلفاء الراشدين

يبدأ هذا الدور بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم فى العام الحادى عشر من الهجرة وينتهى فى العام الأربعين منها .

وكلامنا عن هذا الدور يقع فى ست مباحث :

المبحث الأول : فى أثر الفتح الإسلامى فى تطور الفقه .

المبحث الثانى : فى طريقة التشريع فى هذا العصر .

المبحث الثالث : فى مصادر التشريع فى هذا الدور .

المبحث الرابع : فى إختلاف الصحابة .

المبحث الخامس : فى الآثار الفقهية التى تركها الخلفاء .

المبحث السادس : فى خصائص التشريع فى هذا العصر.

المبحث الأول
في
أثر الفتح الإسلامي في تطور الفقه .

بدأ الفتح الإسلامي بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، ففتحت بلاد كثيرة وخاصة في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

ففتحت بلاد العراق ، وبلاد الشام ، وبلاد فارس ، ومصر ، وبلاد المغرب، وامتد سلطان المسلمين إلى بلاد السند ، وبخارى ، وسمرقند ، كما امتد الفتح إلي بلاد الأندلس، بل توغل المسلمون حتى وصلوا نهر اللوار بفرنسا.

وقد أسلم غالبية أهل هذه البلاد المفتوحة ، وكانت لهم عادات وتقاليد ونظم لم يعرفها العرب من قبل ، كما كانت لهم مدنيات مختلفة وحضارات متعددة .

وقد ترتب على ذلك أن واجه المسلمون مسائل كثيرة في حاجة إلى تشريع لم يحتاجوه من قبل في شبه الجزيرة العربية .

ولقد كان من فضل الله عز وجل أن هيأ للتصدي لهذه المهمة الجليلة صفوة من الصحابة العظام ، فبدأوا يطورون الفقه الإسلامي ويخطون به خطوات واسعة إلى الأمام .

المبحث الثانى
فى
طريقة التشريع فى هذا العصر

بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم ، تولى الخلفاء الراشدون الإمامة ، والقضاء ، والإفتاء ، وكانت طريقتهم فى التشريع حينما تعرض عليهم حادثة أو ينزل بهم أمر من الأمور .

أنهم يبحثون عن الحكم فى كتاب الله ، فإن لم يوجد ، بحثوا عنه فى السنة المطهرة ، فإن لم يعلموا فيه لم يكتفوا بذلك وإنما خرجوا وسألوا الناس هل فيكم من يحفظ فى هذا الأمر حديثا أو يعلم فيه قضاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم ؟ فإن وجدوه أمضوه ، وإن لم يوجد ، اجتهدوا فى التعرف على الحكم مسترشدين بنصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة مستوحين ماعرفوه منهما من أسرار الشريعة وحكمها .

وقد يؤدى هذا الإجتهاد إلى اتفاقهم على حكم واحد فيكون حكما مجمعا عليه له حجة ملزمة فى المسألة المعروضة وفى غيرها من مسائل مماثلة تحدث بعد ذلك .

وهذا هو أساس الإجماع الذى اعتبره العلماء دليلا ثالثا بعد الكتاب والسنة.

غير أنهم قد يختلفون فى الرأى ويحتفظ كل منهم برأيه ، مما أوجد فى المسألة الواحدة آراء متعددة وهى التى سماها العلماء بعد ذلك أقوال الصحابة واعتبرها البعض دليلا من الأدلة الشرعية .

فهذا أبو بكر الصديق رضى الله عنه ، الخليفة الأول ، كان إذا إحتكم إليه الخصون نظر فى كتاب الله فإن لم يجد فيه مايقضى بينهم به قضى به ، وإن لم يكن وعلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة حكم بها ، فإن لم يعلم

خرج وسأل الناس قائلا لهم : أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى ذلك بقضاء ، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه قضاء، فيقول أبو بكر : الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة جمع رؤوس الناس وخيارهم واستشارهم ، فإن أجتمع رأيهم على شئ قضى به ، وهكذا كان يفعل سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

المبحث الثالث
فى
مصادر التشريع فى هذا الدور

يتضح مما سبق أن مصادر التشريع الإسلامى فى هذا العصر هى : القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والإجماع ، والرأى ، وإليك بيان ذلك .

أولا القرآن الكريم :

لا خلاف على أنه المصدر الأول الذى يجب الرجوع إليه ، ولايجوز العدول عنه إلى غيره متى وجد فيه الحكم .

إلا أن دلالته على الأحكام ليست كلها قطعية كثبوته ، وإنما بعضها قطعى ، والبعض الآخر ظنى ، ومن هنا نشأ الإختلاف بين الصحابة كما سنرى .

ثانيا السنة المطهرة :

لا خلاف أيضا على أنها المصدر الثانى للتشريع بعد القرآن الكريم ، وتختلف السنة عن القرآن فى طريق ثبوتها ، فالقرآن الكريم ثابت كله بطريق التواتر ، أما السنة فليست كلها كذلك بل منها ما ثبت بطريق التواتر وهو قليل، ومنها ماثبت بغيره وهو الغالب ، كما أن رواتها لم يكونوا على درجة واحدة من حيث الثقة فيهم ، وإنما منهم الموثوق فى روايته ، ومنهم المطعون فيه .

لذلك أجمع الصحابة على قبول السنة المتواترة ، واختلفت طرقهم فى الأخذ بغيرها وذلك على الوجه الآتى :

١- كان أبو بكر وعمر يتشددان فى رواية الحديث فلا يقبلان منه إلا ما شهد به اثنان عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، يشهد لذلك ما يلى :

أ- عن قبيصة بن ذؤيب قال : "جاءت الجدة إلى أبى بكر فسألته ميراثها فقال : مالك فى كتاب الله شئ، وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ، فارجعى حتى أسأل الناس، فسأل الناس ، فقال المغيره بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ، فقال : وهل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصارى ، فقال مثل ماقال المغيرة، فأنفذه لها أبو بكر "

فهذا أبو بكر رضى الله عنه لم يقبل قول المغيرة وحده ، وإنما طلب شهادة صحابى آخر معه :

ب- كذلك لم يقبل عمر بن الخطاب من أبى موسى الأشعرى حديث : "إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع" إلا بعد شهادة أبى سعيد الخدرى معه.

٢- كان على بن أبى طالب رضى الله عنه لا يقبل الحديث إلا بعد أن يستحلف الراوى على صدق روايته .

٣- كان بعض الصحابة يردون حديث الأحاد إذا تعارض مع ظاهر القرآن الكريم أو القياس. من ذلك ما يلى :

أ- رد عمر بن الخطاب حديث فاطمة بنت قيس : "أن زوجها لما طلقها ثلاثا لم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكن" وذلك لمعارضته لظاهر القرآن الكريم .

ب- رد على بن أبى طالب حديث معقل بن سنان الأشجعى أن بروع بنت واشق الأشجعية مات عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يكن سمى لها مهرا مثلها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط" وذلك لمخالفته القياس .

٤- كان بعض الصحابة يتركون العمل بالحديث إذا كان العقل لا يستسيغه. لأن ذلك يستوجب الشك فى ثبوته عندهم .

من ذلك أن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما ردا حديث أبى هريرة : "من حمل جنازة فليتوضأ" وقالا : كيف يلزم الوضوء فى حمل أعواد يابسة.

٥- نهى كبار الصحابة عن الإكثار من رواية الحديث وذلك لما يلى :

أ- حتى لا ينشغل الداخلون حديثا فى الإسلام بتلقى السنة ، ويهملون حفظ القرآن الكريم .

ب- حتى لا يترتب على كثرة الراوية وضع أحاديث مكذوبة على الرسول صلى الله عايه وسلم ، فيدخل فى السنة ما ليس منها ، فيؤدى ذلك إلى تحريف الشريعة والتشكيك فيها .

فهذا أبو بكر رضى الله عنه جمع الناس وقال لهم : إنكم تحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد إختلافا ، فلا تحدثوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ، فمن سألكم فقولوا : بيننا وبينكم كتاب الله فاستحلوا حلاله وحرموا حرامه .

ولم يكن هذا القول منه إشارة إلى عدم الإعتداد بالسنة ، وإنما للتأكد من صحة الحديث خوفا من أن يدس أحد على الرسول صلى الله عليه وسلم حديثا أو يحرف فيه .

وقد نتج عن هذا التشدد فى الرواية قلة الأحاديث المروية فى هذا العصر على الرغم من توافر الرواه والثقة فيهم ، الأمر الذى إدى إلى التوسع فى الإجتهاد بالرأى .

ثالثا الإجماع :

هو المصدر الثالث للتشريع بعد القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، ولم يكن هذا المصدر موجودا فى عصر النبوة ، وإنما وجد بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم وإنقطاع الوحى .

وقد كان الإجماع سهلا وميسورا فى هذا العصر خاصة فى عهد أبو بكر وعمر حيث كان جمهور الصحابة وخاصة المجتهدون منهم يقطنون فى المدينة المنورة ولم يسمح عمر لأحد منهم بمغادرتها إلا للضرورة القصوى . لهذا كان من المتيسر اجتماع المجتهدين وإصدار حكم جماعى فى المسألة .

رابعا الرأى :

أما الرأى فى هذا العصر فقد كان أوسع مدلولا مما جرى عليه الإصطلاح فيما بعد ، حيث كان يشمل عندهم ما اصطلح عليه العلماء بعد ذلك بإسم القياس، والإستحسان ، والإستصلاح ، وسد الذرائع .

وقد قامت أغلب مسائل الفقه فى هذا العصر على هذا المصدر.

الحاجة إلى إستعمال الرأى :

لما كانت النصوص متناهية ، والوقائع غير متناهية ، فقد احتاج الصحابة إلى إستعمال الرأى، حتى يمكن الحكم فى هذه الوقائع التى لم يرد بشأنها نص من النصوص .

وأول ما احتاج الصحابه فيه إلى إستعمال الرأى الخلافة ، والردة ، وإليك بيان ذلك :

أ- الخلافة :

لقد مات النبى صلى الله عليه وسلم ولم يوص بمن يخلفه ، لذلك اجتمع الصحابة من المهاجرين والأنصار فى سقيفة بنى ساعدة ليقرروا من هو أحق بها ، وقد دار حوار كبير بينهم انتهى بإجماعهم على أحقية أبى بكر لها وقد بنوا ذلك على القياس حيث قالوا : رضيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لديننا أفلا نرضاه لدنيانا .

ب- الردة :

أما الردة فبعد تولية أبى بكر الخلافة امتنع بعض المسلمين عن أداء الزكاة بدعوى أنها كانت تدفع للرسول صلى الله عليه وسلم فقط وأنهم فى حل من دفعها لخليفته .

فوجد أبو بكر نفسه أمام إشكال لم يسبق فيه حكم فتحير ماذا يفعل ؟ فشاور عمر بن الخطاب فى امرهم فرأى عمر عدم جواز قتالهم مستندا فى ذلك إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها" .

فقال له أبو بكر : ألم يقل إلا بحقها ، ومن حقها إيتاء الزكاة كما أن من حقها إقامة الصلاة ، والله لأقاتلن من فرق بين الزكاة والصلاة ، والله لو منعونى عقالا كانوا يؤدونه للرسول صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه .

فوافقه عمر على رأيه وقال : ماهو إلا أن قد شرح الله صدر أبى بكر للقتال فعرفت أنه الحق .

التوفيق بين عمل الصحابة بالرأى وبين ذمهم للعمل به

ذكرنا أن الصحابة اجتهدوا بالرأى وعملوا به وأفتوا على أساسه حينما ينعدم النص ، كذلك أمر بعضهم بالعمل به ، فقد كتب عمر إلى لأبى موسى

الأشعرى - حينما ولاه قضاء البصرة - كتابا قال فيه : الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما لم يبلغك فى الكتاب والسنة ، إعرف الأشباه والنظائر ، ثم قس الأمور عند ذلك ، فاعمد إلى أحبها عند الله ، وأشبهها بالحق فيما ترى .

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ورد عن أكابر الصحابة أنهم ذموا الرأى، وأنكروا العمل به ، من ذلك قول أبى بكر - لما سئل عن معنى الكلالة - : "أى سماء تظلنى وأى أرض تقلنى إذا قلت فى آية من كتاب الله برأيى" .

وقول عمر بن الخطاب : "إياكم والرأى فإن أصحاب الرأى أعداء الدين ، أعيتهم السنة أن يحفظوها ، فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا"

وقوله أيضا : "اتقوا الرأى فى دينكم"

وقول ابن عباس : "يذهب قراؤكم وصلحاؤكم ويتخذ الناس رؤساء جهالا يقيسون الأمور بالرأى " وقول على بن أبى طالب : " لو كان الدين يؤخذ بالرأى لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره ، ولكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخف دون باطنه" .

فكيف يمكن رفع هذا التعارض ؟

يجاب عن ذلك بأنه لا تعارض فى الحقيقة بين عمل الصحابة بالرأى وبين ذمهم للعمل به ، لأن الرأى إما صحيح ، وإما غير صحيح .

فالصحيح هو الذى يقوم على أساس من النظر الصحيح والفهم السديد لمقاصد الشريعة ، والتعمق فى فهم النصوص ، ولا يترتب عليه مخالفة لنص منها .

وهذا الرأى الصحيح هو الذى عمل به الصحابة واجتهدوا على أساسه ، وبنوا الأحكام عليه ، وعدوه مصدرا خصبا من مصادر التشريع .

أما الرأى غير الصحيح فهو القائم على الهوى والغرض والضلال ، هو الرأى العارى عن الدليل ، المخالف لنص من النصوص ، وهذا هو الذى ذمه الصحابه وحذروا من العمل به والإفتاء بناء عليه .

وبذلك يتضح أنه لا تعارض في الحقيقة بين عملهم بالرأى وبين ذمهم العمل به .

أشهر القائلين بالرأى من الصحابة :

لقد أشتهر بعض الصحابة بالعمل بالرأى ، والإفتاء به ومن هؤلاء : أبو بكر ، وعمر ، وعبد الله بن مسعود، ومعاذ بن جبل . وكان أبرزهم فى ذلك عمر بن الخطاب ، فقد كان أكثرهم إستعمالا للرأى ولم يكن يتمسك بحرفية النص وإنما كان يفهم سره وروحه ويفتى بناء على ذلك.

وقد سار على طريقته عبد الله بن مسعود وكان له الفضل الأول فى تأسيس مدرسة الرأى [illegible]

وقد اتسم استعمال الصحابة للرأى بحسن الإدراك وابتغاء وجه الحق دون تعصب أو غرور .

فلم يكن أى منهم يعطى لرأيه قيمة خاصة عند إختلاف غيره معه ، وإنما كان كل منهم يرى أن رأيه صواب يحتمل الخطأ ورأى غيره خطأ يحتمل الصواب ، لذلك فليس رأيه بأولى من رأى غيره .

من ذلك قول أبى بكر – حينما يجتهد ويظهر له الرأى الراجح عنده – : "هذا رأيى ، فإن يكن صوابا فمن الله ، وإن يكن خطأ فمنى وأستغفر الله"

ومن ذلك أيضا ما رواه الطبرانى من أن عمر بن الخطاب – وهو خليفة – لقى رجلا له قضية معينة ، فسأله ماذا صنعت فى قضيتك ؟ فقال الرجل : لقد قضى على بكذا ، فقال له عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، فقال

الرجل : فما يمنعك والأمر إليك ؟ فأجاب عمر : لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لفعلت ، ولكنى أردك إلى رأى ، ولست أدرى أى الرأيين أحق عند الله عز وجل .

وعلى النقيض من هؤلاء الذين أشتهروا بالرأى نجد البعض كان يتحرج من إستعماله ، فلا يقدم عليه إلا للضرورة بل كان البعض يتوقف تماما عن الإفتاء حينما ينعدم النص من الكتاب أو السنة . ومن هؤلاء عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص . وكان للأول الفضل فى تأسيس مدرسة الحديث .

المبحث الرابع
فى
اختلاف الصحابة

ذكرنا أن الصحابة قد يجمعون على حكم واحد فى المسألة ، وقد يختلفون فيها ويحتفظ كل فريق برأيه ، وقد كان لهذا الإختلاف أسبابه ، ومداه ، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين :

المطلب الأول : في أسباب الإختلاف .

المطلب الثاني: في مداه .

المطلب الأول
فى
أسباب اختلاف الصحابة

كان أهم أسباب الإختلاف بين الصحابة فى بعض الأحكام هى : اختلافهم فى فهم القرآن الكريم، وإختلافهم فى فهم السنة المطهرة ، وإختلافهم فى الرأى.

وإليك الكلام عن كل سبب من هذه الأسباب الثلاثة .

السبب الأول الإختلاف فى فهم القرآن الكريم :-

لا خلاف على أن نصوص القرآن الكريم ثابتة ثبوتا قطعيا لنقله بطريق التواتر، أما دلالتها على الأحكام فليست كلها قطعية كثبوتها ، وإنما بعضها قطعى ، والبعض الآخر ظنى .

فالتى تدل على الأحكام بطريق القطع هى التى لا تحتمل إلا معنى واحد فقط وذلك كآيات المواريث والحدود ، وهذه لم يختلف الصحابة بشأنها .

أما التى تدل على الأحكام دلالة ظنية فهى التى تحتمل أكثر من معنى ، وهى التى حصل الإختلاف بشأنها ويرجع ذلك غلى عدة أمور منها ما يلى :

١- وجود لفظ مشترك فى النص يدل على أكثر من معنى ، كلفظ "قروء" في قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، فقروء جمع قرء ،وهو لفظ مشترك بين معنيين اثنين : الحيض والطهر ، لذلك اختلف الصحابة فى عدة المطلقة التى تحيض ، أهى ثلاث حيض أم ثلاثة أطهار؟ فمن ذهب إلى أن معنى القرء الحيض قال : تعتد ثلاث حيض ، فلا تنتهي العدة إلا إذا طهرت من الحيضة الثالثة .

ومن قـال معنـاه الطهر ذهب إلـى أن عدتهـا ثلاثـة أطهـار، فتنتهـى العـدة بمجرد دخولها فى الحيضة الثالثة .

إلى الأول ذهب عمر وعبد الله بن مسعود وغيرهما .

وإلى الثانى ذهبت السيدة عائشة وزيد بن ثابت وآخرون .

٢- وجود نصين متعارضين فى مسألة واحدة ولا يعلم أيهما نـزل أولا ، وذلك كما فى قوله عز وجل بيانـا لعدة المتوفـى عنهـا زوجهـا : **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾** .

وقوله سبحانه وتعالى بشأن عدة الحامل : **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** .

فإن هذيـن النصين يتعارضـان فـى عدة المـرأة الحـامل التـى توفـى عنهـا زوجها.

لذلك اختلف الصحابة فى عدتها فذهب على وابن عباس وغيرهما إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل أو عدة الوفـاة أيهمـا أكثر عمـلا بـالآيتين معا، فتكون كل آية مخصصة لعموم الأخرى .

ورأى عمر وابن مسعود وآخرون أن عدتها بوضع الحمل وذلك استناد إلى الآية الثانية ، أما الآية الأولى فإنها خاصـة بـالمتوفى عنهـا زوجهـا ولـم تكـن حاملا.

٣- اختلاف ظاهر النـص عن المعنـى المقصـود من التشـريع ، كمـا فـى ميراث الأم عندما تنحصر التركة فى أحد الزوجين والأبوين ، هل تـرث ثلـث جميع التركة ، أم ترث ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ؟

اختلف الصحابة فى ذلك فذهب ابن عباس إلى أنها ترث ثلث جميع التركة وذلك عملا بظاهر قوله تعالى : **﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فإن كان له أخوة فلأمه السدس﴾** .

فظاهر النص يقضى بأن الأم تستحق ثلث التركة إذا لم يوجد للميت ولد ولا اثنان فأكثر من الأخوة والأخوات من أى جهة كانوا ، وعند إنحصار التركة فى أحد الزوجين والأبوين لا يوجد ولد ولا عدد من الأخوة والأخوات لذلك تستحق ثلث جميع التركة عملا بهذا الظاهر .

ورأى عمر بن الخطاب أنها تستحق ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين وذلك نظرا للمعنى المقصود من تشريع الحكم ، لأن كلا من الأب والأم ذكر وأنثى وقد ورثا بجهة واحدة فيرث الذكر ضعف الأنثى ، وحتى يأخذ الأب ضعف الأم ، فى هذه الحالة لابد أن ترث ثلث الباقى بعض نصيب أحد الزوجين وليس ثلث جميع التركة ، وقد وافق عمر جمع كبير من الصحابة .

٤- وجود لفظ فى النص يحتمل أنه أريد به الحقيقة الشرعية ، أو المجاز اللغوى ، وذلك كلفظ أب فإنه يطلق على الجد كما فى قوله تعالى : **﴿واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب﴾** فقد سمى يوسف عليه السلام كلا من إبراهيم وإسحاق أبوين وهما جدان فى الحقيقة وليسا بأبوين.

وقد ترتب على ذلك أن اختلف الصحابة فى توريث الأخوة والأخوات الأشقاء أو لأب مع الجد الصحيح .

فذهب أبو بكر وابن عباس إلى أنهم لا يرثون معه ، فهو يحجبهم كما يحجبهم الأب ، وذلك لإطلاق لفظ الأب على الجد فى القرآن الكريم وما يجئ فيه انما هو بيان للحقيقة الشرعية .

وذهب على بن أبى طالب وزيد بن ثابت إلى أنهم يرثون معه ولا يحجبهم من الميراث وذلك لتساويهم فى درجة القرابة فإن كلا منهم يتصل إلى الميت بالأب ، أما تسمية القرآن الكريم الجد أبا فإنما هى من قبيل المجاز اللغوى فقط حسب إستعمال العرب .

٥- اختلف الصحابة أيضا فى فهم القرآن الكريم لأسباب أخرى ، منها أنهم كانوا متفاوتين فى العلم بلغتهم ، فمنهم من كان واسع الإطلاع فيها ، ومنهم من كان قليلة ، ومنها أيضا أن بعض الصحابة لازم الرسول صلى الله عليه وسلم فعرف من أسباب نزول القرآن الكريم ما لم يتيسر لغيره معرفته .

السبب الثانى الإختلاف فى فهم السنة :

يرجع إختلافهم فى فهم السنة إلى أمور منها ما يلى :

١- تفاوتهم فى حفظ الحديث والإلمام به ، ويرجع ذلك إلى أن بعضهم كان أسبق من بعض فى الدخول فى الإسلام ، كما أن بعضهم كان أكثر ملازمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم بسببه عدم انشغاله ، بينما كان البعض الآخر أقل ملازمة له نتيجة انشغاله بأمر من الأمور ، وقد ترتب على ذلك أن وجد منهم المكثر فى الحفظ والمقل فيه . كما أن منهم من ترك رواية الحديث تورعا واحتياطا ، مما أدى إلى إختلافهم فى العلم بالسنة .

وقد نتج عن ذلك اختلافهم فى الأحكام، لأن من يعلم فى المسألة حديثا يفتى فيها بناء عليه ، أما من لم يعلم فإنه يفتى فيها برأيه .

من ذلك أنه لما سئل أبو موسى الأشعرى عن ميراث البنت، وبنت الإبن ، والأخت ، قال :للبنت النصف وللأخت النصف ، ولا شئ لبنت الإبن . وكان

ذلك بناء على اجتهاده بالرأى لعدم وقوفه على قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم .

فلما رفعت هذه المسألة إلى عبد الله بن مسعود قال : "لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين . أقضى فيها بما قضى النبى صلى الله عليه وسلم . للبنت النصف، ولبنت الإبن السدس ، وللأخت الباقى" . فلما علم بذلك أبو موسى رجع عن رأيه وقال : لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر فيكم .

٢- تفاوتهم فى الثقة بالراوى ، فقد يثق صحابى براو معين فيأخذ منه حديثه ، بينما لا يثق به صحابى آخر فلا يقبله منه . وذلك كما فى حديث فاطمة بنت قيس - السابق - فقد رده عمر ، وقبله آخرون .

٣- تفاوتهم فى العلم بالناسخ والمنسوخ، فقد لا يقف الصحابى على الحديث الناسخ فيفتى بناء على الحديث المنسوخ ، بينما يقف صحابى آخر على الحديث الناسخ فيفتى بناء عليه.

من ذلك أن ابن مسعود أخذ بحديث تطبيق اليدين فى الركوع لأنه لم يعلم بأنه منسوخ ، بينما اطلع سعد بن أبى وقاص على ناسخه فرواه .

٤- تقديم بعضهم العمل بالقياس على العمل بخبر الواحد، وبالعكس ، أى تقديم البعض العمل بخبر الواحد على العمل بالقياس. وذلك كما فى حديث معقل بن سنان فى بروع بنت واشق - السابق ذكره - فقد رده على بن أبى طالب وقدم عليه العمل بالقياس، حيث قاس المتوفى عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يكن سمى لها مهرا على المطلقة قبل الدخول دون تسمية للمهر وجعل لها المتعة أيضا. بينما عمل بعض الصحابة بالحديث فجعل لها مهر المثل .

٥- إختلافهم فى فهم ما كان يفعله الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك كالرمل فى الطواف ، فقد فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر الصحابه بفعله .

وعلى الرغم من ذلك اختلف الصحابة فذهب البعض إلى أنه سنة ، وذهبالبعض الآخر إلى أنه ليس بسنة . وإنما كان لعارض طارئ، زهو الرد على قول المشركين : أضعفتهم حمى يثرب . فأراد الرسول صلى الله عليه وسلم بهذا الفعل أن يظهر لهم النشاط والقوة ردا على هذا القول المزعوم .

السبب الثالث الإختلاف فى الرأى :

أما اختلاف الصحابة فى الرأى فيرجع إلى تفاوتهم فى سرعة الفهم ، وقوة الإدراك ، وملكة الإستنباط ، ومدى وقوفهم على أسرار الشريعة والتعرف على مقاصدها والوصول إلى مراميها .

كما أن الرأى قد يختلف ويتغير بتغير المصلحة تبعا لإختلاف المكان والزمان .

ومن الأمثلة على ذلك مايلى :

١- كان العمل يجرى فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وفى عهد أبى بكر على أن تقسم الغنيمة أخماسا ، للغانمين أربعة أخماس . أما الخمس الباقى فيعطى لبيت المال يوجهه الرسول صلى الله عليه وسلم أو الخليفة على وفق ما جاء فى قوله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ .

إلا أنه فى عهد عمر بن الخطاب كثرت الفتوحات الإسلامية ، واتسعت رقعة الأرض التى غنمها المسلمون، فأراد بعض الصحابة - كعبد الرحمن بن عوف وعمار بن ياسر - أن تقسم هذه الأرض كما كان عليه العمل من قبل . ولكن عمر رفض ذلك، ورأى عدم قسمتها وإنما تبقى وقفا على مصالح المسلمين عامة، فترك فى أيدى أصحابها ويؤخذ منهم الخراج ويوضع فى

بيت المال للصرف منه على مصالح المسلمين الموجودين وقت الفتح ومن سيوجد منهم بعد ذلك .

وقد أسس عمر رأيه هذا على ما يلى :

أ- أن فى قسمة الأرض على الغانمين وتمليكهم اياها حرمانا لمن سيأتى بعدهم من المسلمين .

ب- عجز الفاتحين عن القيام برعاية هذه الأراضى الشاسعة وإصلاحها وزراعتها الأمر الذى يترتب عليه فسادها وتركها دون زراعة مما يضر بالمصلحة العامة .

وقد وافق بعض الصحابة - كعثمان ، وعلى ، ومعاذ ، وطلحة - عمر فى الرأى .

٢- كانت ضالة الإبل - فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم،وفى عهد أبى بكر وعمر- تترك دون أن يقربها أحد حتى يأتى صاحبها فيأخذها ، فإن لم يأت تركت تتناسل ولا يأخذها أحد. وذلك لأنه صلى الله عليه سلم - لما سئل عنها- قال : "مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها دعها ترد الماء وترعى الكلأ حتى يلقاها ربها "

إلا أنه فى زمن عثمان بن عفان امتدت أيدى الناس إليها ، فأمر بالتقاطها وتعريفها ، فإن أتى صاحبها أخذها ، وإن لم يحضر ليأخذها بيعت واحتفظ بثمنها، فإن جاء صاحبها أخذه ، وإلا صرف فى مصالح المسلمين .

فقد غير كل من عمر وعثمان ماكان عليه العمل من قبل لأن المصلحة العامة اقتضت هذا التغيير .

المطلب الثانى
فى
مدى اختلاف الصحابة

لم تتسع دائرة الإختلاف بين الصحابة ، ولكنها كانت محدودة ، ويرجع ذلك إلى الأمور التالية : -

١- الأخذ بمبدأ الشورى فيما بينهم ، فغالبا ما كان يقضى على الإختلاف .

٢- تيسر الإجماع وإمكانه، لعدم السماح لكبار الصحابة والمفتيـن بمغـادرة المدينة إلا للضرورة القصوى وخاصة فى عهد غمر بن الخطاب .

٣- قلة عدد المفتين من الصحابة ،فلم يشتهروا جميعا بالإجتهاد والفتوى ، بل نفر قليل منهم فقط .

٤- تورعهم عن الفتوى ، وإحالة بعضهم على بعض خوفا من الوقوع فـى الخطأ .

٥- قلة رواية الحديث نتيجة لتحذير الصحابة من الإكثار منها ، خوفـاً من الكذب على محمد صلى الله عليه وسلم .

٦- قلة ما تغير من عادات وتقاليد عما كان موجودا فى المدينة .

المبحث الخامس

فى

الآثار الفقهية التى تركها الخلفاء

لقد ترك هؤلاء الخلفاء العظام آثارا فقهية أهمها ما يأتى :-

١- جمع القرآن الكريم وتدوينه فى مصحف واحد ، ثم نسخه فى عدة مصاحف وتوزيعها على الأمصار المختلفة .

فقد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه الذين كتبوا له آيات القرآن الكريم وقت نزولها ، إلا أن هذه الكتابات لم تجمع فى مجموعة واحدة فى عصر الرسول صلى الله عليه وسلم .

وفى عهد أبى بكر - رضى الله عنه - فكر بعض الصحابه - منهم عمر بن الخطاب - فى جمع القرآن الكريم وتدوينه فى مصحف واحد وذلك خشية موت الحفاظ فى الحروب ، فأشار عمر على أبى بكر بجمعه ، فتردد أبو بكر فى بداية الأمر وقال : كيف نفعل شيئا لم يفعله الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال له عمر: إنه والله لخير ومصلحة للمسلمين ، فوافقه أبو بكر فى الحال وأمر زيد بن ثابت بجمعه ، فجمعه فى مجموعة واحدة وقابله على مافى صدور القراء وعلى مادون من قبل فى المتفرقات .

وفى عهد عثمان بن عفان وجد الناس يقرأون القرآن بعدة لهجات وكادت ستحدث فتنة كبيرة بين المسلمين لهذا السبب ، فتدارك عثمان الأمر فى الحال وأمر بنسخ القرآن الكريم بلهجة واحدة وتحريق ما كتب باللهجات الأخرى ، وأرسل إلى كل ناحية بمصحف .

وبذلك تم القضاء على الفتنة التى كانت ستقع بين المسلمين نتيجة اختلاف اللهجات ، وبهذا العمل العظيم حفظ القرآن من التحريف والتبديل ، وصدق الله العظيم حينما قال : ﴿**إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون**﴾ .

٢- شرح وبيان نصوص الأحكام التى يحتويها كل من القرآن والسنة .

٣- مجموعة من الفتاوى والأحكام صدرت عنهم فى وقائع لم ينص فيها على حكم معين .

٤- وجود النواة الأولى لمدرستى الرأى والحديث .

٥- إنقسام حزبى بدأ سياسيا ثم تحول إلى دينى وكان ذا أثر خطير فى التشريع .

أسباب عدم تدوين السنة فى هذا العصر :

لقد بدأت فكرة تدوين السنة فى زمن عمر بن الخطاب إلا أن الأمر انتهى إلى عدم تدوينها ويرجع ذلك إلى الأسباب التالية :-

١- ما روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن كتابة أى شئ عنه غير القرآن الكريم ، فصرف الصحابه هذا النهى على إطلاقه .

٢- تخوف الصحابة من اشتغال الناس بالسنة عن تفهم معانى آيات القرآن الكريم .

٣- خشية الصحابة من أن يدون فى السنة ما ليس منها ، أو على العكس من ذلك فيترك دون تدوين ما هو منها .

المبحث السادس
فى
خصائص التشريع فى هذا العصر

لقد أختص التشريع فى هذا العصر بعدة خصائص منها ما يلى :

١- كان واقعيا لا إفتراضيا ، ويرجع ذلك إلى ما يأتى :-

أ- إنشغال الصحابة بشئون الدولة وأمور السياسة ، وعدم تفرغهم للأمور الفقهية .

ب- لم يقتصر الإستفتاء على الذين دخلوا حديثا فى الإسلام من غير العرب، وإنما كان من القدامى - أيضا - الذين لم يكن لهم حظ الإلمام بدقائق القرآن الكريم ،والإحاطة بالسنة ، ولم تمكنهم ظروفهم من مخالطة الرسول صلى الله عليه وسلم وملازمته.

٢- قلة المسائل الخلافية - كما سبق - .

٣- تغير بعض الأحكام تبعا لتغير المصلحة .

٤- لم يدون الفقه فى هذه المرحلة ، وإنما ترك الصحابة أحكاما وفتاوى محفوظة فى الصدور .

٥- تم فى هذه المرحلة جمع القرآن الكريم وتوحيد المصحف .

٦- لم يكن الصحابة على درجة واحدة فى استعمال الرأى ، بل منهم من كان يتحرج من الإفتاء به خوفا من الوقوع فى الخطأ ، ومنهم من توسع فى الإفتاء به ، ثم ينسب الخطأ إلى نفسه .

٧- جد فى هذه المرحلة مصدران هما : الإجماع ، والرأى ، بالإضافة إلى القرآن الكريم ، والسنة المطهرة .

الفصل الثالث

فى

الدور الثالث

الفقه فى عصر الدولة الأموية

يبدأ هذا الدور عام ٤٠ هـ وينتهى بنهاية الدولة الأموية فى عام ١٣٢ هـ .

لقد شهدت هذه الفترة بعض التغيرات التى كان لها أثر كبير على التشريع الإسلامى وهذه التغيرات هى :

١- إنقسام المسلمين سياسيا إلى ثلاث فرق نتيجة إختلافهم فيمن هو أحق بخلافة المسلمين من الصحابة .

٢- إنصراف الأمويين إلى أمور الدولة السياسية ، وعدم اهتمامهم بالنواحى الدينية ، والإجتماعية ، والتشريعية .

٣- تفرق العلماء فى المدن والأمصار الإسلامية المختلفة فى عهد عثمان ابن عفان وبعد مقتله ، نتيجة للتوسع فى الفتوحات الإسلامية وزيادة رقعة الدولة زيادة شاسعة .

٤- شيوع رواية الحديث ، وظهور الوضاعين له الذى نتج عن عدم تدوين السنة .

٥- إنقسام الجمهور تشريعيا إلى مدرستين للفقه الإسلامى ، إحداهما : مدرسة الحديث ، والثانية : مدرسة الرأى .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث :

المبحث الأول : في الإنقسام السياسي للمسلمين .

المبحث الثاني : في إنصراف الأمويين إلى السياسة .

المبحث الثالث : في تفرق العلماء في المدن والأمصار .

المبحث الرابع : في شيوع رواية الحديث وظهور الواضعين له .

المبحث الخامس : في إنقسام التشريع للجمهور .

المبحث الأول
فى
الإنقسام السياسى للمسلمين

بعد مقتل الخليفة الثالث عثمان بن عفان قام بعض الصحابة ينادون بحق على بن أبى طالب فى الخلافة ، وما كادت تسند إليه حتى نازعه فيها الزبير إبن العوام ، وطلحة بن عبيد الله ، ومعاوية بن أبى سفيان . فكان كل منهم يزعم أنه الأحق بها لقدرته على إستئصال الفتنة ، خاصة أن عليا لم يقتص من قتلة عثمان مع قدرته على ذلك .

وقد انتهى هذا النزاع بقتل الزبير وطلحة فى موقعة الجمل ، ولما لاح النصر لعلى فى موقعة صفين لجأ معاوية إلى الحيلة والمكر والخديعة فأوعز إلى جنوده بأن يرفعوا المصاحف على أسنة الرماح طلبا للتحكيم فيمن هو أحق بالخلافة ، وهنا وقع الخلاف بين جند على ففريق رفض التحكيم ورأى الإستمرار فى القتال ، لأن الأمر لا يحتاج إلى تحكيم ، فحق على فى الخلافة ليس موضع خلاف فى نظرهم ، وما التحكيم إلا خدعة لتلافى الهزيمة .

أما الفريق الأخر فقد وافق عليه ، وانضم إليه على حقنا للدماء ، فأغضبت هذه الموافقة الفريق الأول وخرجوا عليه وحاربوه لأنه صار خائنا لمسألة الخلافة فى نظرهم ، ومن هنا سمى هؤلاء الخوارج .

أما الذين اتبعوه وناصروه فسموا بالشيعة ، وبين هؤلاء وهؤلاء جمهور المسلمين الذين ابتعدوا عن الخلافات السياسية .

خلاصة القول : أنه ترتب على مقتل عثمان وتولى على الخلافة ، وقعودة عن معاقبة قتلة عثمان مع قدرته على ذلك ، أن قامت فتنة كبيرة بين المسلمين نتج عنها انقسامهم إلى فرق ثلاثة : شيعة ، وخوارج ، وجمهور .

فالشيعة هم الذين شايعوا على بن أبى طالب وناصروه ،واتبعوه هو وآله من بعده .

والخوارج هم الذين خرجوا عليه وحاربوه حينما قبل التحكيم .

أما الجمهور فهم الفريق المعتدل الذى لم يقحم نفسه فى الخلافات السياسية.

ولكل فريق من هؤلاء مبادئ ينفرد بها عن غيره مما كان له أثر كبير على الفقه الإسلامى ، وسوف نتكلم عن هذه المبادئ فيما بعد .

المبحث الثانى
فى
انصراف الأمويين إلى السياسة

لقد اهتم الأمويون بأمور الدولة السياسية ، ولم يبالوا بالنواحى الدينية والإجتماعية ، والتشريعية ، بل أنهم أحدثوا فى الدين ما ليس منه ، حيث جعلوا الحكم وراثيا فى دولتهم ، وأخذوا يفتون فى الدين على حسب هواهم ، وتحقيق أغراضهم الشخصية ، ومايلائم أهدافهم السياسية .

وقد قوبلت هذه التصرفات بنقد شديد من العلماء - كسعيد بن المسيب - فأخذوا يناصبوهم العداء ، ويدعون الناس إلى عدم مبايعتهم ، مما أثار حفيظة الحكام عليهم فاضطهدوهم وعاملوهم معاملة سيئة .

وقد ترتب على ذلك أن هجر العلماء الحياة العامة ولزموا المدينة ينتقدون الحكام ، ويعلمون الناس السنة وينشرون العلم ، ومنذ هذه اللحظة اتجه العلماء إلى تأسيس علم الفقه بوصفه علما له كيان مستقل .

المبحث الثالث
فى
تفرق العلماء فى المدن والأمصار

ذكرنا أن عمر بن الخطاب كان يمنع العلماء من مغادرة المدينة حتى يتيسر الحصول على أرائهم ، الأمر الذى نتج عنه عدم اتساع دائرة الإختلاف بينهم ، وسهولة الحصول على الإجماع .

إلا أن الأمر تغير بعد ذلك حيث تفرق الصحابة فى المدن والأمصار المختلفة إما للولاية ، أو للقضاء ، وإما للجندية وغير ذلك ، فأقبل الناس عليهم من كل مكان ينهلون من علمهم ومعارفهم ، ولم يكن هؤلاء الصحابة على درجة واحدة فى العلم والفتوى ، لأن ما يعلمه هذا قد لا يتفق لغيره علمه .

كما كان لكل مصر من هذه الأمصار عادات وتقاليد وأعراف ونظم مختلفة تبعا لإختلاف الحضارات والثقافات فى كل مصر .

وقد ترتب على ذلك أن تعددت الأراء واختلفت الأحكام فى المسألة الواحدة نظرا لتأثر كل فقيه بالبيئة التى يعيش فيها فى فتواه . لأن الأحكام التى تبنى على العرف تتغير بتغير العرف .

كما ترتب على تفرق الصحابة فى المدن والأمصار المختلفة أن تعذر تحقيق الإجماع نظرا لصعوبة اجتماعهم فى مكان واحد أو حتى أخذ رأيهم وهم فى أماكنهم .

المبحث الرابع
فى
شيوع رواية الحديث

ذكرنا أن أبا بكر وعمر كانا يكرهان كثرة رواية الحديث ويحذران منها . وذلك خوفا من الكذب على الرسول صلى الله عليه وسلم ، حتى لا ينشغل الناس بالسنة عن القرآن الكريم .

إلا أن الأمر تغير بعد تفرق الصحابة فى المدن والأمصار فأخذوا يحدثون ويفتون ، غير أنهم لم يكونوا على درجة واحدة فى التحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لتفاوتهم فى درجة الحفظ - كما ذكرنا من قبل - فنتج عن ذلك أن بعض الأمصار عرف من الحديث ما لم يعرفه الآخر ، وقد تبع ذلك الإختلاف فى الفتوى والقضاء .

وضع الحديث وأسبابه :

لقد قام البعض بوضع كثير من الأحاديث بهدف الوصول إلى غرض معين ، ونسبوها إلى الرسول صلى الله عليه سلم وهو منها براء ، ويرجع وضع الحديث للأسباب التالية :

١ - العداوة الدينية : حيث تعمد بعض أعداء الإسلام من اليهود والفرس والروم التشكيك فى مبادئ الإسلام ، وبلبلة أفكار المسلمين ، فقاموا بوضع أحاديث تحل الحرام ، وتحرم الحلال .

٢ - التعصب المذهبى : لقد نتج عن تمسك بعض الفرق الإسلامية بمبادئهم أن قاموا بوضع عدة أحاديث تؤيد هذه المبادئ .

٣- مغالاة البعض فى رد كل شئ ماعدا القرآن الكريم ، والسنة المطهرة: جعل البعض يأخذ آثار الصحابة ، وحكم الحكماء وينسبها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم على أنها سنة حتى لا ترد .

٤- تساهل البعض فى بابى الترغيب والترهيب : فقد روى أنه حينما سئل نوح بن مريم عن سبب وضع أحاديث فى فضائل القرآن الكريم سورة سورة قال : "لما رأيت اشتغال الناس بالفقه وإعراضهم عن حفظ القرآن الكريم وضعت هذه الأحاديث حسبة لله تعالى"

مقاومة العلماء لواضعى الحديث :

لقد قام العلماء بتعقب واضعى الحديث والتنقيب عن الأحاديث الموضوعة، كما وضعوا شروطا لقبول الحديث ، بحيث يترتب على عدم توافرها إخراج ما وضع من أحاديث ، ومنذ ذلك الوقت ظهر علم الجرح والتعديل .

أثر الوضع على التشريع :

لم يكن لوضع الحديث أى أثر على التشريع ، وإنما ترتب عليه فقط أن أصبحت مهمة العلماء شاقة وعسيرة ، حيث اشتغلوا بالنظر فى الحديث من ناحية متنه وسنده ، ليعرف منزلته من الصحة والضعف ، وذلك بعد أن كانت مهمتهم مقتصرة على بيان معنى الحديث فقط .

المبحث الخامس
فى
الإنقسام التشريعى للجمهور
(قيام المدارس الفقهية)

يقصد بالمدارس الفقهية : الإتجاهات أو الطرق التى سلكها العلماء عند إستنباطهم للأحكام الفقهية من أدلتها الجزئية حتى إشتهروا بها وأخذها عنهم غيرهم واتبعوها .

وقد إنقسم الجمهور تشريعياً إلى مدرستين : الأولى ، مدرسة الحديث ، والثانية مدرسة الرأى .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين إثنين :-

المطلب الأول : فى مدرسة الحديث .

المطلب الثانى : فى مدرسة الرأى .

المطلب الأول
فى
مدرسة الحديث

مقرها وأسباب ذلك :-

كانت هذه المدرسة موجودة فى بلاد الحجاز وبخاصة فى المدينة المنورة .

ويرجع ذلك إلى الاسباب التالية :-

١) توافر أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة فيها بكثرة وذلك لما يلى :-

ا- هى البلد التى عاش فيها الرسول صلى الله عليه وسلم وبعض الخلفاء من بعده .

ب- وجود مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم بها .

جـ- بقاء عدد كبير من الصحابة بها .

د- بعدها عن المنازعات السياسية والفتن التى كانت موجودة فى بلاد العراق .

٢) عدم تغير بيئة الحجاز عما كانت علية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، لذلك لم يعرض على الحجازيين من الحوادث الجديدة إلا القليل .

٣) تأثر علماء الحجاز بطريقة شيوخهم المتمسكين بالأحاديث والمبتعدين عن إستعمال الرأى إلا نادراً كعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وزيد بن ثابت ، وعائشة رضى الله عنهم أجمعين .

من هو زعيم هذه المدرسة ؟

لقد تزعم هذه المدرسة سعيد بن المسيب ، وتتلمز عليه كثير من علماء الحجاز وغيرهم ، وتعلموا منه طريقته فى إستنباط الأحكام ، ثم تفرق الكثير منهم فى الأمصار المختلفة ليقفوا على الأحاديث التى لم يروها المحدثون من علماء المدينة .

وكان من أشهر التابعين الذين تأثروا بطريقة الصحابة المذكورين فضلاً عن سعيد بن المسيب ، عروة بن الزبير ، القاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، وسليمان بن يسار ، وخارجة بن زيد بن ثابت وقد سمى هؤلاء جميعاً بالفقهاء السبعة .

كما كان من فقهاء هذه المدرسة أيضاً سالم بن عبد الله بن عمر ، وجاء بعد ذلك الزهرى ويحي بن سعيد ثم جاء من بعدهم الأئمة : مالك والشافعى وأحمد وداود والظاهرى .

عدم إقتصار هذه المدرسة على علماء الحجاز :-

لم تقتصر هذه المدرسة على فقهاء الحجاز وإنما تبعها علماء من بلاد أخرى أمثال :-

١) عامر الشعبى وهو من التابعين الكوفيين .

٢) سفيان الثورى وهو من تابعى التابعين الكوفيين .

٣) الإمام الأوزاعى وهو أحد فقهاء بلاد الشام .

٤) يزيد بن حبيب وهو أحد فقهاء مصر .

٥) ابن سيرين .

٦) ابن أبى ليلى .

٧) الأئمة : الشافعى ، وأحمد ، وداود الظاهرى . .

فهؤلاء جميعاً كانوا يكرهون الإفتاء بالرأى ويقفون عند ظاهر النص .

الطابع الفقهى لهذه المدرسة :-

أولاً : الوقوف عند ظاهر النص ، وعدم النظر إلى النزعة التشريعية ، ولذلك كان علماء هذه المدرسة لا يعدلون عن تطبيق هذا الظاهر حتى ولو لم يكن لتطبيقه حكمة ظاهرة .

ثانياً : كثرة الإعتماد على السنة الشريفة وتفضيلها على اللجوء إلى استعمال الرأى ، بل أن علماء هذه المدرسة كانوا يعملون بالحديث المروى عن راو واحد فقط متى كان موثوقاً فى دينه وحفظه وأمانته ويقدمونه على العمل بالرأى .

ثالثاً : عدم استعمال الرأى إلا فى حلالات الضرورة القصوى ، بل ربما توقف علماء هذه المدرسة عن الإفتاء بالرأى فى المسألة التى ليس فيها نص ، متى لم تستدع الضرورة معرفة الحكم فى الحال .

رابعاً : كراهية الفقه الإفتراضى والسؤال عما لم يقع ، والإكتفاء بالبحث فيما وقع بالفعل من المسائل .

أثر هذه المدرسة على السنة :-

كان لهذه المدرسة آثاراً بالغة على السنة تتمثل فيما يلى :-

١- حفظها وجمع شتاتها :-

فقد كان تمسك علماء هذه المدرسة الشديد بالسنة وبغضهم لاستعمال الراى يدفعهم إلى البحث عنها والعناية بحفظها وروايتها بل إنهم كانوا أول من دونها ، فقد نقل أن ابن شهاب الزهرى قام بتدوينها ، ثم قام من بعده تلميذه مالك بذلك أيضاً .

ولا شك فى ان الفضل فى المحافظة على السنة المطهرة يرجع إلى علماء المدينة قبل غيرهم ، ومما يؤيد صحة هذا القول أن سلسلة رواة أصحاب الصحاح غالباً ما تنتهى بواحد منهم .

٢- كانت هذه المدرسة سبباً غير مباشر فى وضع الأحاديث المكذوبة على الرسول صلى الله عليه وسلم . لأن تمسك علماؤها بالإقتداء بالحديث وعدم اللجوء إلى استعمال الرأى فى المسائل التى ليس فيها نص إلا إذا دعت الضرورة لذلك جعل بعض الوضاعين يضعون الأحاديث وينسبونها للرسول صلى الله عليه وسلم لتحقيق غرض معين كما سبق .

أثر هذه المدرسة على الفقه :

يرجع الفضل إلى مدرسة الحديث فى حفظ فتاوى الصحابة والابعين وفى تأسيس علم الفقه ووضع منهجه العلمى الذى سار عليه فقهاء المذاهب الجماعية بعد ذلك.

الشهرة العلمية للمدرسة :-

كان لهذه المدرسة شهرة علمية فائقة فى العالم الإسلامى كله إذ ذاع صيتها فى الآفاق ، ولفتت أنظار العلماء إليها فارتحلوا إليها من جميع الأقطار

يطلبون العلم ، ثم عادوا إلى بلادهم ينشرونه فيها حتى إنتشرت طريقتها فى العالم الإسلامى كله بما فيه العراق معقل مدرسة الرأى .

المطلب الثانى
فى
مدرسة الرأى

مقرها وأسباب ذلك :-

كانت هذه المدرسة موجودة فى بلاد العراق وبخاصة الكوفة ، وكانت تعاصر مدرسة الحديث ، وتعادلها من الناحية العلمية ، وقد إنتقل إليها كثير من فقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود ، وأبو موسى الأشعرى وسعد بن أبى وقاص ، وعمار بن ياسر ، والمغيرة بن شعبة ، وحذيفة بن اليمان وعمران بن حصين ، وأنس بن مالك ، وقد جعلها على بن أبى طالب مقراً للخلافة فإنتقل إليها مدة خلافته حزبه من الصحابة كعبد الله بن عباس ويرجع وجود هذه المدرسة فى هذه البلدة إلى الأسباب الآتية:-

١- بعدها عن موطن الحديث الذى لم يكن قد دون ، ولم يصل أهلها منه إلا ما أتى به الصحابة الذين إرتحلوا إليها ، الأمر الذى ترتب عليه قلة الأحاديث التى رويت فيها .

٢- وضع الأحاديث المكذوبة على الرسول صلى الله عليه وسلم كان موجوداً فيها ، وذلك نتيجة لشيوع الفتنة وانقسام المسلمين بسبب الخلافة ، ووجود أخلاط من المسلمين الذين لم يتورعوا عن وضع الحديث ، الأمر الذى جعل علماء هذه المدرسة يتشددون فى قبوله ، وقد أدى ذلك إلى كثرة إعتمادهم على الإجتهاد بالرأى .

٣- تغير بيئة العراق عن بيئة المدينة نتج عنه وجود وقائع ونظم وعادات وأعراف لم يرد بشأنها نص من الكتاب أو السنة ، وهذا يحتم استعمال الرأى لمعرفة الحكم .

٤- تأثر علماء هذه المدرسة بمعلمهم الأول عبد الله بن مسعود الذى كان يكثر من استعمال الرأى وإعمال الفكر ، كما تأثروا أيضاً بعلى بن ابى طالب الذى ظل طوال مدة الخلافة بينهم وكان هو أيضاً من المكثرين فى الإجتهاد بالرأى والبحث عن علل الأحكام .

من هو زعيم هذه المدرسة :-

كان عبد الله بن مسعود هو موسس هذه المدرسة وزعيمها ، وقد نقل إليها آراء عمر بن الخطاب وفتاويه لأنه كان من أكثر المتمسكين بطريقته ومنهجه .

وكان من أشهر أصحابه فى الكوفة وعمد مدرسته :-

علقمة بن قيس النخعى ، والاسود بن يزيد النخعى ، ومسروق بن الأجدع الهمدانى ، وعبيدة بن عمرو السلمانى ، وشريح بن الحادث القاضى ، والحارث الأعوز .

وقد عرف هؤلاء بالفقهاء الستة وكانوا يعاصرون فقهاء المدينة السبعة .

وقد تخرج عليهم كثير من العلماء من أبرزهم ابراهيم النخعى الذى تولى زعامة هذه المدرسة بعد ذلك ، ثم تزعمها أخيراً الإمام أبو حنيفة النعمان الذى ينسب إليه أكبر المذاهب الجماعية وهو المذهب الحنفى .

هل إقتصرت مدرسة الرأى على العراق ؟

كما أن مدرسة الحديث لم تقتصر على المدينة ، فإن هذه المدرسة لم تكن قاصرة على الكوفة ، وإنما تبعها بعض علماء الحجاز كربيعة بن عبد الرحمن حتى أنه لقب بربيعة الرأى لكثرة استعماله له فى الإجتهاد .

الطابع الفقهى لهذه المدرسة :-

أولاً : عدم الوقوف عند ظاهر النص ، وإنما يجب النظر إلى حكمة التشريع والبحث عن علة الحكم .

فعلماء هذه المدرسة يرون أن الشريعة معقولة المعنى وما جاءت إلا لتحقيق مصالح العباد فكان من الواجب البحث عما وراء ظاهر النص من العلل التى من أجلها شرعت الأحكام فيدور الحكم مع العلة وجوداً أو عدماً .

ثانياً : التشدد فى قبول أخبار الآحاد ، نتيجة وضع الأحاديث ، وقد ترتب على ذلك تقديم العمل بالقياس على العمل بأخبار الآحاد التى لم تصح فى نظر علماء هذه المدرسة ، على الرغم من صحتها عند غيرهم .

ثالثاً : عدم الوقوف فى إبداء الرأى عند الحوادث التى وقعت بالفعل ، بل تعدى ذلك إلى إفتراض مسائل لم تقع وإعمال الفكر وإبداء الرأى فيها .

أثر هذه المدرسة على السنة :-

لقد إهتم علماء هذه المدرسة بحفظ السنة المطهرة التى تلقوها عن الصحابة الذين وفدوا على العراق وكان منهم المكثر فى حفظها وروايتها كأنس بن مالك.

أثر هذه المدرسة على الفقه :-

لقد كان لهذه المدرسة دور كبير فى نهضة الفقه الإسلامى لا يقل عن دور مدرسة الحديث ، ومن أبرز الأعمال التى قام بها علماؤها وأثرت تأثيراً كبيراً فى الفقه ما يلى :-

١- العناية بجمع فتاوى ابن مسعود ، وأقضية على بن أبى طالب بصفة خاصة ، وفقه الصحابة الذين إستطونوا العراق بصفة عامة ، وقد خرجوا على ذلك أحكام المسائل التى عرضت عليهم ، كما طرقوا كل باب من أبواب الفقه الإسلامى .

٢- هم الذين إبتكروا طريقة الفقه الإفتراضى التى أدت إلى توسيع نطاق الفقه الإسلامى وتضخمه ، وإنتقاله من المرحلة الواقعية إلى المرحلة النظرية.

وإذا كان الفضل فى تأسيس علم الفقه يرجع إلى مدرسة الحديث ، فإن الفضل فى بلوغ الفقه الإسلامى أعلى درجة من الإحاطة والشمول والنضج والرقى يرجع إلى هذه المدرسة .

الفصل الرابع
في
الدور الرابع
«عصر الازدهار الفقهي»

يبدأ هذا العصر عام ١٣٢ هـ عندما تولى العباسيون حكم الدولة الإسلامية ، بعد زوال حكم بني أمية ، وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري بعدما ضعفت الدولة العباسية وتفككت ودخل الفقه في مرحلة الجمود والتقليد .

ويعتبر هذا العصر أزهى عصور الفقه الإسلامي إذ وصل فيه إلى أعلى درجة من حيث الإحاطة والشمول ، كما بلغ غاية المدى من ناحية الدقة والعمق .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :-

المبحث الأول : في مظاهر نهضة الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : في عوامل هذه النهضة .

المبحث الثالث : في مصادر الفقه في هذا العصر .

المبحث الرابع : في مميزات التشريع في هذا العصر .

المبحث الأول
في
مظاهر النهضة الفقهية

تتمثل مظاهر هذه النهضة فيما يلي :-

١- ظهور المذاهب الجماعية التي أرسى قواعدها وحدد ضوابطها الأئمة الذين نسبت إليهم هذه المذاهب ، وساهموا في بيان أحكام فروع كثيرة استناداً إلى هذه القواعد والضوابط ، ثم واصل تلامذتهم بيان أحكام الفروع التي أغفلها أئمتهم .

واستمرت طبقات الفقهاء في العمل على استكمال الفروع والنظر فيما سبق لأئمتهم بيانه منها لضبطه وتحديده ، حتى صارت هذه المذاهب نظماً قانونية متكاملة تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان ، الأمر الذي جعل بعض الحكومات الإسلامية تتخذ من بعضها قانوناً تسير عليه في إدارة شئونها ، كما أن الفقهاء في الدور التالي لهذا الدور إكتفوا بها واستغنوا عن اللجوء إلى الإجتهاد المطلق وركنوا إلى التقليد كما سنرى .

ولم يقتصر ظهور المذاهب الجماعية على مذاهب أهل السنة وهي :- المذهب الحنفي ، المذهبي المالكي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي ، والمذهب الظاهري ، بل وجدت أيضاً مذاهب الشيعة والخوارج .

٢- ظهور كثير من المتخصصين في الفقه الإسلامي ، إذ لا يكاد أي قاض يصدر حكماً إلا ويثور الجدل حوله من فقهاء بلده ما بين مؤيد ومعارض لهذا الحكم .

ولم يكن أي من فقهاء هذا الدور الأوائل يتقيد في آرائه بغيره وإنما كان الأمر يجري على أساس أن التلميذ يتلقى عن شيوخه أصول الصناعة الفقهية

ويأخذ عنهم الحديث ، ثم بعد ما تنتهى لهم الملكة الفقهية يستقل بنفسه ويكون حلقة مستقلة لدراسة الأحكام الفقهية التى استنبطها بنفسه .

٣- وصول الفقه الإسلامى إلى أعلى درجة من حيث الإحاطة والشمول ، فقد بحثت فيه جميع الأفعال والتصرفات وبينت أحكامها ، فلم يترك الفقهاء أى شأن من شئون الأفراد والدولة على حد سواء إلا وبينوا حكمه .

٤- وصوله أيضاً إلى غاية المدى من حيث الدقة والعمق ، فلم يعد الفقهاء يقتصرون على إبداء الرأى فيما يعرض عليهم من مسائل بل أسهبوا فى بيان الأدلة ، وأفاضوا فى بيان الفروع التى قد تتفرع عن هذه المسائل المعروضة وبينوا حكمها كذلك .

٥- شدة الإختلاف بين أهل السنة والجماعة حول مصادر الفقه نفسها بعدما كان قاصراً على الفروع فى عصر الصحابة والتابعين .

فقد إختلف أئمتهم حول دلالات الكتاب الكريم ، وشروط العمل بخبر الآحاد ، وحجية الإجماع السكوتى ، وإجماع أهل المدينة ، وشروط العمل بالقياس ،ومسالك العلة ، وضروب من الإستحسان ، وحجية المصلحة المرسلة ، وأقوال الصحابة وشرع من قبلنا الذى ذكر فى القرآن والسنة دون أن يرد معه ما يقره أة ينسخه ، وسد الذرائع ، كما إختلفوا حول ضروب من الإستصحاب وما يحتج به منها ومالا يحتج به .

٦- بلغ الإختلاف بين العلماء ذروته ، حتى أن الآراء فى المسألة الواحدة تعددت حتى وصلت أحياناً إلى ثمانية آراء أو أكثر ، ويرجع ذلك إلى كثرة عدد المجتهدين فى هذا الدور ، وكثرة ما يعرض عليهم من مسائل ، وتداخل القواعد والأصول التى يمكن الإستناد غليها فى أية مسألة خلافية بعد أن كثرت هذه القواعد والأصول .

٧- إتساع نطاق الفقه الإفتراضى وبلوغه غاية المدى خاصة بعد تولى الإمام أبى حنيفة زعامة مدرسة الرأى ، فلم يكن يتكلم فى أى مسألة إلا وتطرق منها إلى كل ما تحتمله من فروع .

وبذلك أثرى الفقه الإسلامى ثراء جعله صالحاً للتطبيق فى كل زمان ومكان ،وقد تناول علماء المذاهب الأخرى هذه الفروع بالدراسة والبحث .

٨- ظهور المصطلحات الفقهية وذلك بإختيار أسماء معينة للدلالة على مفاهيم خاصة محددة كإطلاق الحنفية لفظ الغرض على ما طلب الشارع من الكلف فعله على سبيل الجزم والحتم والإلزام وكان هذا الطلب بدليل قطعى من القرآن الكريم أو السنة المتواترة .

وإطلاقهم لفظ الواجب على ما طلب الشارع من المكلف فعله طلباً حتمياً جازماً وكان هذا الطلب بدليل ظنى من السنة غير المتواترة أو القياس .

وكذلك المصطلحات الأخرى كالحرام والمكروه تحريماً والمندوب والمكروه تنزيهاً ، والمباح ، والركن ، والسبب ، والشرط ، والمانع ، والصحيح ، والفاسد والباطل إلى غير ذلك من المصطلحات الأخرى التى لم تكن تستعمل بهذه الدقة قبل هذا العصر .

وقد كان لكل مذهب من المذاهب مصطلحاته التى تتفق أو تختلف فى قليل أو كثير مع ما يقابلها فى غيره من المذاهب الأخرى .

وكان ظهور هذه المصطلحات وليد النشأة علم أصول الفقه الذى عنى فيه عناية تامة بتحديد مفاهيمها .

٩- تدوين الفقه تدويناً كاملاً فى مختلف المذاهب ، وذلك بأن قام بعض الأئمة بتدوين مذاهبهم بأنفسهم ، كما فعل الإمام مالك حيث دون مذهبه فى كتابه الموطأ وكذلك الإمام الشافعى حيث أملى على تلاميذه العراقيين مذهبه

القديم فى كتاب سماه الحجة ، وأملى على تلاميذه المصريين مذهبه الجديد فى كتابه الأم.

أما المذاهب الأخرى فقد تكفل الأصحاب والأتباع بتدوينها ، وقد حفظ هذا التدوين آراء العلماء وساعد على تنميتها وإستكمالها والرجوع إليها عند الحاجة.

المبحث الثانى
فى
عوامل النهضة

تتمثل عوامل نهضة الفقه الإسلامى فى هذا العصر فيما يلى :-

١- قيام الخلافة العباسية على أساس دينى .

٢- إتساع الدولة وإمتزاج الثقافات فيها .

٣- تفرق العلماء فى الأمصار .

٤- كثرة الوقائع والفتاوى .

٥- تأثر العقول بثقافات الامم المختلفة .

٦- شيوع الجدل العلمى والمناظرات الفقهية .

٧- إشتغال الموالى بالفقه .

٨- إنتشار حركة الترجمة .

٩- إنتشار حركة تدوين العلوم .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى تسعة مطالب :-

المطلب الأول : فى قيام الخلافة العباسية على أساس دينى .

المطلب الثانى : فى إتساع الدولة وإمتزاج الثقافات فيها .

المطلب الثالث : فى تفرق العلماء فى الأمصار .

المطلب الرابع : كثرة الوقائع والفتاوى .

المطلب الخامس : تأثر العقول بثقافات الامم المختلفة .

المطلب السادس : شيوع الجدل العلمى والمناظرات الفقهية .

المطلب السابع : فى إشتغال الموالى بالفقه .

المطلب الثامن : فى إنتشار حركة الترجمة .

المطلب التسع : فى إنتشار حركة تدوين.

المطلب الأول

فى

قيام الخلافة على أساس دينى

لقد إستغل العباسيون كراهية الناس ونفورهم من حكام الدولة الأموية بسبب إنشغالهم بالسياسة والحكم وبعدهم عن الشئون الدينية والتشريعية والإجتماعيـة فقاموا بتأسيس دعوتهم سراً على أساس أن أولى النـاس بالخلافـة هـم آل بيت محمد صلى الله عليه وسلم ، لأنهم أعلم الناس بشئون الدين ، وأشدهم تمسكاً وأكثرهم حماساً لتطبيق أحكامه .

وحتى يثبت هذا المعنـى فـى نفـوس النـاس ويكسبوا ثقتهـم فيهم ويضمنـوا تبعيتهم لهم إعتنوا عناية فائقة بالدين وعلمائه .

وتتمثل مظاهر هذه العناية فيما يلى :

ا- العنايـة بالسنة المطهرة ، وذلـك بحث العلمـاء علـى حفظهـا والقيـام بتدوينها .

وقد اثمرت هذه العناية ثمرتها ، إذ أن معظـم السنة دون فـى هذا العصـر إبتداء من موطأ الإمام مالك . الذى كتبه بناء على مشورة الخليفـة أبـى جعفر المنصور وتشجيعه له ، بل إنه هو الذى رسم لـه خطـة جمعـه وتأليفه وأومـأ إليه بتسميته . حيث قال له : [ضع للناس كتاباً فى السـنة والفقـه وتجنـب فيـه رخـص ابـن عبـاس ، وتشـديدات ابـن عمـر ، وشـواذ بـن مسـعود ووطئـه توطيناً .] قال الإمام مالك : فعلمنى كيفية التأليف .

ب- تكريم الفقهـاء وتشـجيعهم ، ومشـاركتهم فـى النشـاط الفقهـى ، وذلـك بتقريب الخلفاء لهم فى مجالسهم ، ومناقشتهم معهم ، وبذل العطاء السخى لهـم وإسناد بعض المناصب الرئيسية فى الدولة إلى بعضهم . من ذلك :-

١- كان الخليفة أبو جعفر المنصور يؤثر الفقهاء بعطاياه المجزية حتى لاينشغلون بكسب العيش عن التفرغ للفقه .

كما انه هو الذى أشار على الإمام مالك بأن يضع للناس كتابا فى السنة والفقه كما ذكرنا .

٢- وكان الخليفة المهدى يناوىء الزنادقة ويطردهم ويشتد فى تعذيبهم وإهانتهم.

٣- وقام الخليفة هارون الرشيد بزيارة الإمام مالك فى بيته بعد عودته من الحج على الرغم من أنه كان أشهر خلفاء الدولة العباسية ، وأكثرهم هيمنة على ملكه وأشدهم هيبة فى نفوس رعيته .

كما كان يختص الإمام أبا يوسف بالصحبة والملازمة ، وولاه منصب قاضى القضاه فى الخلافة العباسية كلها .

وكان يوصى عماله على الأقاليم بأن يرجعوا إلى أهل الفقه فى كل شئونهم.

٤- وكان الخليفة المأمون مشهوراً بالإشتغال بالعلم ، والفقه ، والفلسفة .

جـ- حث الخلفاء ، والفقهاء على أن يضعوا للدولة أنظمة قانونية تتفق مع أحكام التشريع الإسلامى .

من ذلك :-

١- حث الخليفة أبو جعفر المنصور الإمام مالك على تأليف كتاب الموطأ - كما سبق - ولما فرغ منه الإمام مالك أبدى له الخليفة رغبته فى أن تلتزم الدولة كلها بأحكامه ويلزم الناس بإتباعها . إلا أن الأمام مالك رفض ذلك لما فيه من إلزام الناس بما لم يقطع بصوابه .

٢- وطلب الخليفة هارون الرشيد من الإمام أبى يوسف أن يضع له كتاباً يبين له فيه نظام الرى ، وحفر الترع ، وجباية الأموال ، ودوواين الجند ، والمستحقين للعطاء من بيت المال ، فوضع له هذا الكتاب وسماه " الخراج " وقد بدأه بقوله للخليفة : (إياك والأمر بالهوى ، والأخذ بالغضب ، وكن من خشية الله على حذر) .

ويعد هذا الكتاب أساساً لما سارت عليه الحكومات الإسلامية فيما ورد به من شئون .

د- عناية الخلفاء بتربية الأمراء تربية دينية فقهية .

من ذلك :-

١- قام الخليفة المهدى بإرسال ولديه الهادى والرشيد إلى المؤدب وأوعز إليه أن يصير يده عليهما مبسوطة وطاعته منهما واجبة ، وأن يقرئهما القرآن ،ويعرفهما الآثار ، ويعلمهما السنن ، ويرويهما الأشعار ، ويبين لهما فضل الحكماء فى مواعظهم .

٢- وقام الخليفة هارون الرشيد بإرسال ولديه الأمين والمأمون إلى حلقة درس الإمام مالك بمسجد الرسول صلى الله عليه وسلم بالمدينة ليسمعا منه الحديث ويتعلما منه الفقه ، وذلك بعد ما رفض مالك تلبية رغبة هذا الخليفة بالإنتقال إلى بغداد لتعليم هذين الولدين قائلاً له (إن العلم يؤتى ولا يأتى) كما أرسل هذا الخليفة الأمراء للإستماع إلى دروس الإمام محمد بن الحسن فى كتابة السير على الرغم من أنه لم يكن على وفاق تام معه .

المطلب الثانى
فى
إتساع الدولة وإمتزاج الثقافات فيها

لقد ترتب على إتساع الدولة الإسلامية أن تبعها أقوام كثيرة لها عاداتها وتقاليدها ونظمها وثقافتها التى تختلف عما هو معروف فى شبه الجزيرة العربية ، كما حدث إندماج بين العرب وأهالى البلاد المفتوحة وذلك بسبب هجرة كثير من العرب إلى هذه البلدان ، ودخول الغالبية منهم للإسلام ، وإختلاطهم بالعرب عن طريق المصاهرة .

فربط بينهم جميعاً الدين ، وجرى بينهم التعامل ، وأبرمت المعهدات ، وجرت الإتصالات .

وقد نتج عن ذلك تبادل المعارف والتجارب وإتساع الأفق وظهور مسائل ووقائع جديدة أصبح الناس فى حاجة إلى معرفة حكم الله فيها ، فكان لزاماً على الفقهاء أن يبينوا هذا الحكم فقاموا بالإفتاء والقضاء طلباً لهذا البيان .

المطلب الثالث
في
تفرق العلماء في الأمصار المختلفة
﴿الرحلات العلمية﴾

لقد قام بعض العلماء بالتنقل من جهة إلى أخرى للوقوف على ما لدى علماء البلدان الأخرى من سنة وفقه .

فنتج عن هذه الرحلات العلمية أن تعرف كل منهم على ما عند الآخر ، كما شاهد نظماً واعرافاً مختلفة عما هو موجود في البلد الذي عاش فيه .

وكان من أثر هذه الرحلات إختيار أفضل النظم والأعراف والوقوف على أصح الأحاديث والأخذ بها ، وتمحيص الرأي ، فتقاربت وجهات النظر بين العلماء واتحدت النظم والأعراف في سائر البلدان الإسلامية غالباً .

ويظهر التقارب العلمي جلياً في الكتب الفقهية ، فإنها تكاد تكون متناسقة ترتيباً وتبويباً ، كما أنها تتناول جميع المسائل الواقعية والمفترضة .

ومن أمثلة الرحلات التي قام بها العلماء وكانت عاملاً من عوامل النهضة الفقهية ما يلي :-

(أ) رحلة ربيعة بن عبد الرحمن الملقب بربيعة الرأي إلى بلاد العراق .

(ب) رحلة أبي يوسف ومحمد إلى المدينة المنورة للوقوف على فقه الإمام مالك.

(جـ) رحلة الإمام الشافعي إلى بغداد ثم إلى مصر .

المطلب الرابع
فى
كثرة الوقائع والفتاوى

لقد ترتب على إتساع الدولة الإسلامية كثرة الوقائع والحوادث التى لم تكن موجودة من قبل - كما ذكرنا - وقد حرص المسلمون على أن تكون كل تصرفاتهم وجميع معاملاتهم متفقة مع أحكام التشريع الإسلامى فتزاحموا على العلماء يستفتونهم ويطلبون منهم معرفة حكم الله عز وجل فيها ، فقام العلماء بوضع أصول وقواعد تيسر لهم تخريج [illegible] يقف الأمر عند هذا الحد ، وإنما تعداه إلى إفتراض مسائل لم تقع بعد وبينوا حكم الله فيها وفرعوا عليها الفروع التى تحتملها وقاموا ببيان حكمها .

المطلب الخامس
فى
تأثر العقول بثقافات الأمم المختلفة

لقد ترتب على دخول شعوب البلاد المفتوحة فى الإسلام ، أن إنتقلت ثقافات هذه الشعوب القديمة من فارسية ، ورومانية ، وإغريقية إلى الثقافة العربية ، وقد تأثرت عقول العرب بهذه الثقافات إلى درجة كبيرة حتى أنهم لم يقفوا عندها وإنما أضافوا إليها الشىء الكثير ولقد ظهر ذلك جلياً فى عصر المأمون عندما إشتغل بدراسة علوم الفلسفة وشجع العلماء على أن يشتغلوا بها .

ولقد كان لهذا التأثر بهذه الثقافات القديمة أثره المباشر على إتساع نطاق الفقه الإسلامى ، وذلك عن طريق إقرار الفقهاء للعرف الذى لا يتعارض مع النص أو مع قاعدة من القواعد الشرعية العامة .

فمن هذا الطريق وجد كثير من الأنظمة القديمة والمعاملات السائدة طريقه إلى الفقه الإسلامى ، وإن كان الفقهاء قد بذلوا جهداً ملحوظاً لصبغه بالصبغة الإسلامية عن طريق التحوير والتعديل إذا ما وجدوا أنه يتعارض مع أحكام التشريع الإسلامى .

المطلب السادس
في
شيوع الجدل والمناظرات الفقهية

لقد بدأ الجدل بين الصحابة منذ إختلافهم في بعض المسائل الفقهية – كما سبق – كما وجد الجدل في عصر التابعين أيضاً ، غير أن جدل الصحابة والتابعين كان قليلاً عن الجدل الذي كان بين فقهاء هذا العصر ، ويرجع ذلك إلى قلة المسائل الخلافية في عصري الصحابة والتابعين – كما ذكرنا – كما أنه لم يكن يتسم بطابع العنف لعدم وضوح الإختلاف في المنهج الفقهي ، ولعدم التخصص في دراسة الفقه كعلم مستقل في عصر الصحابة ، وعدم الإغراق في التخصص فيه في عصر التابعين .

أما في هذا العصر فقد كثر الجدل وشاع بين العلماء ، وذلك بعد ما تفرغ الكثير منهم لدراسة الفقه الإسلامي ووضع الإختلاف في المناهج الفقهية وخاصة بين مدرستي الحديث والرأي ، وقد بلغ ذروة شيوعه عندما إشتدت المنافسة بين هاتين المدرستين .

وكانت المناظرات تتم بين العلماء عن طريق المكاتبات والمراسلات في حالة تباعد الأمصار ، أو بالمشافهة في حلقات الدرس المقامة في المسجد ، أو عند إجتماعهم مع الخلفاء في قصورهم ، كما كانت تحدث عند لقائهم في موسم الحج في مكة والمدينة .

وكانت أكثر مناظراتهم تقع حول حجية بعض المصادر الفقهية ، وحول تحديد معاني بعض الألفاظ اللغوية الواردة في النصوص الشرعية ، كما كانت تقع حول قواعد الإستنباط عموماً ، ولكنها قليلاً ما كانت تجري حول أحكام الفروع الفقهية.

وكان الجدل يصل إلى حد العنف إذا كانت المناظرة فى مسألة سياسية لها صبغة دينية ، أو كان المتناظرون يختلفون فى الفكرة السياسية بسبب الإمارة .

وقد نتج عن هذه المناظرات ما يلى :-

١- قربت شقة الخلاف بين المدرستين ، حيث إضطرت كل منهما إلى إستكمال أوجه النقص عندما بعدما وقفت عليها من خلال المناظرات ، فتسلحت مدرسة الرأى بالحديث وذلك بعد قيام أبى يوسف ومحمد بالرحلة إلى مالك فى المدينة وتلقى كتابه الموطأ عنه .

وقد عدلا عن كثير من الآراء التى قال بها إمامهم أبو حنيفة بعدما وقفا على أحاديث صحيحة على خلافها .

كما تسلحت مدرسة الحديث بالرأى أيضاً ، ويظهر هذا جلياً فى مسلك الإمام الشافعى حيث كان للقياس مكانة كبيرة فى فقهه .

٢- عناية الفقهاء بالتعمق فى الإستدلال على آرائهم ، مما جعل الفقه يبلغ أعلى ذروة من الدقة والعمق .

٣- ظهور علم أصول الفقه على يد الإمام الشافعى بعد مناظراته مع الإمام محمد بن الحسن فى بغداد .

٤- يظهر أثر الجدل والمناظرة واضحاً فى المؤلفات الفقهية التى وضعت فى هذا العصر .

يؤكد ذلك عناية الإمام الشافعى فى كتابه الأم بإيراد حجج مخالفيه والرد عليها وتدعيم آرائه بوجوه مختلفة من الإستدلالات .

وكذلك كثير من الكتب المبسوطة التى ألفت فى هذا العصر أو بعده بقليل .

وكذلك كثير من الكتب المبسوطة التى ألفت فى هذا العصر أو بعده بقليل .

٥- الوقوف على آراء الفقهاء السابقين الذين إندثرت مذاهبهم ولم يعد يؤلف فيها أحد .

المطلب السابع
فى
اشتغال الموالى بالفقه

الموالى هم الذين أسلموا على يد العرب من أهل البلاد التى فتحوها لأن من أسلم على يد رجل فهو مولاه .

وقد برع هؤلاء الموالى فى الفقه ، والقدرة على إستنباط الأحكام من أدلتها ، مستعينين فى ذلك بما لديهم من علم وثقافة ، وفلسفة وحضارة .

وكانوا ينعمون – فى بداية الحكم الإسلامى لبلادهم – بالمساواه الكاملة مع العرب ، ويسيرون معهم جنباً إلى جنب ، وظل الحال كذلك حتى قتل عمر بن الخطاب بيد أحد الأعاجم وهو أبو لؤلؤة ، وظهرت من ورائه أصابع الأعاجم ملطخة بدماء عمر ، فتحول شعور كثير من المسلمين إلى الغضب والكراهية والسخط لهؤلاء الأعاجم .

وقد أدى ذلك إلى صيرورة الحكم فى العرب دون الموالى ، كما إختص العرب بالقضاء دونهم ، بل إن نصيبهم فى سائر الوظائف الأخرى أصبح ضئيلاً جداً وقد إستمر الحال كذلك حتى عمل عمر بن عبد العزيز على تخليصهم من الضرر الذى لحقهم وحارب العصبية مما جعلهم يشعرون بالعدالة والمساواة مرة أخرى ، غير أن الخلفاء من بعده لم ينظروا إليهم نظرة عمر بن عبد العزيز وقد نتج عن ذلك أن عمل الموالى على تعزيز مكانتهم ، وتوسعة طموحاتهم ، فسلكوا فى سبيل ذلك طرقاً كثيرة أهمها العمل على السيطرة على الحركة الفكرية فى البلاد ليعوضوا أنفسهم بالعلم عن الإزدراء الذى لحقهم من العرب .

وقد ساعدهم على تفوقهم فى الفقه وبراعتهم فيه اشتغال العرب بالسياسة والحكم وعدم وجود ما يشغلهم عن الإستفادة والتزود من العلم والتفرغ لدراسة الفقه وكان منهم من هو فى خدمة فقهاء الصحابة والتابعين وتابعيهم يخالطونهم ويلازمونهم ويتلقون عنهم السنة والفقه .

ولقد كان من أثر توسع الموالى فى الإشتغال بالفقه أنهم توسعوا فى مسائله، وتفننوا فى طرق إستنباطه ، كما برعوا فى الدقة فى فهم النصوص .

وأهم علمائهم ما يلى :-

١) نافع مولى ابن عمر فى المدينة وقد روى عنه أكثر أحاديثه .

٢) ربيعة بن عبد الرحمن شيخ الإمام مالك فى المدينة أيضاً .

٣) عكرمة مولى ابن عباس فى مكة وقد روى عنه أكثر علمه .

٤) عطاء بن أبى رباح فى مكة أيضاً .

٥) سعيد بن جبير فى الكوفة .

٦) الحسن بن يسار مولى زيد بن ثابت ومحمد بن سيرين والحسن البصرى فى البصرة .

٧) مكحول بن عبد الله أستاذ الإمام الأوزاعى فى الشام .

٨) يزيد بن حبيب فى مصر وكان هو الذى يقوم بالإفتاء فيها .

٩) الإمام الأعظم أبو حنيفة أول الأئمة أصحاب المذاهب الجماعية المشهورة

المطلب الثامن
فى
إنتشار حركة الترجمة

لقد إنتشرت حركة الترجمة فى هذا العصر وخاصة من اللغتين الإغريقية والفارسية إلى اللغة العربية ، وكان أكثر العلوم التى ترجمت : الأدب والفلسفة والطب .

وكان لدراسة الفلسفة أثر على الفقه الإسلامى حيث أفادت الفقهاء فى الإستدلال والنقد ، والبحث عن علل الأحكام ، ومعرفة حكمة التشريع .

كما أثر منطق أرسطو فى الفقه حيث جرى القياس الفقهى على نمط القياس المنطقى ، وأفادت دراسة بحوث التصورات فى المنطق فى التعريفات الفقهية أيضاً .

المطلب التاسع
فى
إنتشار حركة التدوين

لقد إنتشرت حركة التدوين فى كافة العلوم ، ومن بينها الفقه وعلومه المساعدة ، كعلوم : اللغة العربية ، وأصول الفقه ، والتفسير ، والسنة .

وقد ساعد تدوين هذه العلوم المساعدة على تيسير مهمة الفقيه الصعبة ، كما ساعد تدوين الفقه نفسه على حفظ آراء الفقهاء ، والأدلة التى إستدلوا بها على الأحكام ، مما يسر الرجوع إليها عند الحاجة ، الأمر الذى منع من إعادة بذل الجهد فى سبيل إستنباطها مرة أخرى ، وتوجيهه إلى إستنباط حكم ما لم يتعرض له الفقهاء من مسائل .

المبحث الثالث
فى
مصادر الفقه الإسلامى فى هذا الدور

ذكرنا ان الوحى بقسميه كان هو المصدر الوحيد للتشريع فى عصر النبوة ، وفى عصر الصحابة إتسعت المصادر بعض الشيء فأضيف الإجماع والرأى إلى القرآن والسنة .

أما فى هذا العصر فقد تنوعت المصادر وتعددت بسبب تقسيم الرأى إلى ضروب متعددة وصيرورة كل ضرب منها مصدراً مستقلاً بذاته ، وبذلك أصبحت المصادر ما يلى :-

١) الكتاب الكريم ٢)السنة المطهرة ٣) الإجماع ٤) القياس

٥) أقوال الصحابة ٦) المصالح المرسلة ٧) الإستحسان ٨) العرف

٩) سد الذرائع ١٠) شرع ما قبلنا ١١) الإستصحاب

إلا أن هذه المصادر لم تكن كلها محل اتفاق بين علماء هذا العصر ، وإنما اتفقوا على بعضها ، واختلفوا فى حجية البعض الأخر ، بل حتى التى اتفقوا على حجيتّها اختلفوا فى بعض أمور منها .

المبحث الرابع
في
مميزات التشريع في هذا العصر

لقد تميز التشريع فى هذا العصر بعدة مميزات وإختص بعدة خصائص نذكر منها ما يلى :-

١- بلغ حد الكمال، وسيطرت مبادئه على جميع النواحى الدينية والدنيوية.

٢- تكونت فيه المذاهب الجماعية المشهورة .

٣- إزداد فيه عدد المجتهدين زيادة كبيرة ، بحيث لا يكاد أى إقليم يخلو منهم .

٤- كان أغلب فقهائه من الموالى .

٥- إشتد فيه خلاف العلماء حول مصادر التشريع الإسلامى .

٦- إزدادت فيه المسائل الفقهية المختلف فيها .

٧- إزدادت فيه مصادر الفقه الإسلامى ، وأصبح العرف مصدراً منها وبنيت بعض الأحكام عليه بعد تأثر العرب بالثقافات القديمة .

فظهر عرف أهل العراق فى المذهب الحنفى ، وظهر كذلك فى المذهب القديم للشافعى ، وظهرت عادات المصريين فى مذهب الشافعى الجديد .

٨- دونت فيه العلوم المختلفة ، ومنها الفقه وعلومه المساعدة .

٩- إتجهت بعض الحكومات إلى الأخذ ببعض المذاهب فى القضاء ، فسيطر المذهب الحنفى على الحياة التشريعية فى الدولة العباسية ، بينما سيطر المذهب المالكى على بلاد المغرب والأندلس .

الفصل الخامس
فى
الدور الخامس
عصر التقليد والجمود

يبدأ هذا الدور فى منتصف القرن الرابع الهجرى ، وينتهى قبل نهاية القرن الثالث عشر بقليل ، وينقسم هذا الدور إلى مرحلتين :-

الأولى : فى التقليد مع الإجتهاد فى المذهب .

الثانية : فى جمود الفقه .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين :-

المبحث الأول : فى المرحلة الأولى .

المبحث الثانى : فى المرحلة الثانية .

المبحث الأول
فى
المرحلة الأولى
التقليد مع الاجتهاد فى المذاهب

تبدأ هذه المرحله مع بداية هذا الدور أى فى منتصف القرن الرابع الهجرى وتنتهى بسقوط بغداد على يد التتار عام ٦٥٦ هـ .

وكلامنا فى هذا المبحث يقع فى أربعة مطالب :-

المطلب الأول : فى تفكك الدولة العباسية .

المطلب الثانى : فى أسباب تدهور الفقه الإسلامى .

المطلب الثالث : فى أسباب التقليد .

المطلب الرابع : فى أعمال الفقهاء .

المطلب الأول

فى

تفكك الدولة العباسية

فى منتصف القرن الرابع الهجرى بدأ الضعف يدب فى جسم الدولة العباسية ، فتفككت وانقسمت إلى دويلات متعددة يقوم على كل منها وال يلقب بأمير المؤمنين .

ففى بلاد الأندلس نجد الأمويين ، وفى شمال أفريقيا نجد الفاطميين ، وفى مصر نجد الأخشيديين ، وفى العراق نجد بنى بويه ثم السلاجقة من بعدهم ، وفى اليمن وجدت الشيعة الزيدية .

[illegible] الدولة الاسلامية ، صارت دويلات متناقضة يعادى بعضها بعضا ، واشتد الصراع فيما بينها خاصة بين العباسيين والفاطميين الذين قوى ساعدهم وخصوصا بعد استيلائهم على مصر والشام .

فكان الفاطميون يرسلون رسلهم إلى الأقطار الإسلامية لنشر دعوتهم ، أما العباسيون فكانوا يعقدون المؤتمرات ويقيمون الندوات للطعن فى نسب الفاطميين ومحاولة إبعادهم عن نسل فاطمة الزهراء .

ثم بعد مضى وقت قصير جاء السلاجقة واستولوا على الشرق كله ، وأصبحت لهم الكلمة العليا فى سائر الأقاليم باستثناء مصر وبلاد المغرب ، ثم دب الخلاف والشقاق بين السلاجقة فسقطت دولتهم ، وحل محلها دولة تركية تعرف بدولة الأتابكية ، وقد تم على يد أحدهم وهو محمود نور الدين سقوط الدولة الفاطمية فى مصر وعودة الدولة العباسية إليها .

وإبان ذلك قامت الدولة الأيوبية على يد صلاح الدين الأيوبى ، ثم زحف التتار بقيادة هولاكو إلى العراق وأستولى على دار الخلافة وقتل الخليفة

العباسي عام٦٥٦ هـ وأخذ يقتل الملايين من المسلمين، وأحدث الخراب والدمار بالبلاد الإسلامية .

وقد تبع هذا الإنحلال السياسي ، ضعف الإجتهاد وجمود الفقه والفقهاء ، وانحطاط الحركة الفكرية والعلمية بصفة

المطلب الثانى
فى
أسباب تدهور الفقه

يرجع تدهور الفقه الإسلامى فى هذه المرحلة إلى الأسباب الآتية :

١- تأثير الإضطراب السياسى الذى وجد فى الدولة العباسية على الحركة العلمية وإضعافه من قوتها .

فقد حال هذا الإضطراب بين اتصال العلماء فى سائر الأقطار الإسلامية ، وقد كان لهذا الإتصال أثر واضح على ازدهار الفقه الإسلامى كما ذكرنا .

٢- انشغال الولاة بالحكم والسياسة والحروب أدى إلى إهمالهم للعلم والعلماء ، وقد كان لعناية الخلفاء بالعلم والعلماء أثر واضح على إزدهار الفقه الإسلامى كما سبق .

٣- ضعف الأقطار الإسلامية السياسى أدى إلى ضعف روح الإستقلال التشريعى ، فقد ماتت فى الفقهاء روح الإستقلال الفكرى ، وسرت فيهم روح التقليد ، وماتت فيهم ملكة التجديد والإبتكار ، والتزم كل واحد منهم مذهبا لايتعداه وأخذ يدعو إلى اتباعه .

وذلك على الرغم من أن الأئمة أنفسهم كانو ينهون عن اتباعهم وتقليدهم ، وينعون على من يأخذ أقوالهم بدون دليل .

فهذا الإمام أبو يوسف يقول : "لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلنا"

وهذا الإمام الشافعى يقول : "مثل الذى يطلب العلم بغير حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيه أفعى تلدغه وهو لا يدرى "

المطلب الثالث
في
أسباب التقليد

يرجع ترك الفقهاء للإجتهاد وركونهم إلى التقليد فى هذه المرحلة إلى الأسباب الآتية :

١- التدوين ٢- التعصب المذهبى ٣- ولاية القضاء

٤- الأمراض الخلقية ٥- قفل باب الإجتهاد

وإليك بيان كل سبب من هذه الأسباب فيما يلى :

السبب الأول تدوين المذاهب الفقهية :

لقد ترتب على تدوين المذاهب الفقهية كلها أن أصبحت سهلة المنال ميسرة السبل فأغنت العلماء فى هذه المرحلة عن الإجتهاد والتعمق، خاصة وأن أى مسألة كانت تعرض عليهم يجدون السابقين قد تناولوها وبينوا حكمها فأقعدهم ذلك عن الإجتهاد وركنوا إلى التقليد .

السبب الثانى التعصب المذهبى :

لقد تعصب فقهاء هذه المرحلة تعصبا شديدا لآراء أئمتهم إلى درجة أنه لا يستطيع أحد منهم مخالفة إمامه. كما حصروا أبحاثهم فى دائرة ضيقة محدودة كل فى حدود مذهب فقيه سابق لا يحيد عنه ، وأصبح فى نظرهم أن الآراء التى رآها علماء المذاهب الأخرى خاطئة ، أما آراء إمامهم الذى يقلدونه فصحيحة لا تحتمل الخطأ .

وقد وصل هذا التعصب إلى درجة أن قال الفقيه أبو الحسن الكرخي ، الحنفي المذهب : "كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ"

وقد ترتب على ذلك أن ركن الفقهاء إلى التقاليد ، وتركوا إعمال الفكر ، والإجتهاد ، وأخذوا ينشرون مذاهب أئمتهم ويدعون الناس إلى اتباعها .

السبب الثالث تولية القضاء :

كان الخلفاء لا يولون القضاء إلا لمن يعلم كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وكانت له القدرة على الإجتهاد والإستنباط ، كما كانوا يلزمون القضاة بأن يستمدوا أحكامهم من الكتاب والسنة والرأى الأقرب إلى الحق والصواب .

ولكن بعد ما تغيرت الحالة الإجتماعية فى البلاد فضل الخلفاء أن يختاروا القضاة من المقلدين الذين يتبعون مذاهب معينة يختارها الخلفاء أنفسهم . مما جعل الذين يرغبون فى تولى القضاء يختارون اتباع هذه المذاهب ويقلدونها ، وبذا قصرت همم العلماء عن الإجتهاد وركنوا إلى التقليد .

السبب الرابع الأمراض الخلقية :

لقد تفشت فى علماء هذه المرحلة أمراض خلقية كثيرة حالت بينهم وبين الإجتهاد ، حيث وجد بينهم التحاسد والكراهية ، والأنانية ، وحب الذات .

فكانوا ينهالون على من يجتهد منهم بالتشهير ويحطون من شأنه ، وإذا أفتى أحدهم برأيه قاموا بتسفية هذا الرأى وتفنيده بالحق والباطل .

الأمر الذى جعل المجتهد منهم يتقى كيد زملائه وتجريحهم ويدعى أنه مقلد ومتأمل لا مجتهد .

وبهذا ماتت فيهم روح النبوغ ، وفقدوا الثقة بأنفسهم ، وثقة غيرهم فيهم ، فقعدوا عن الإجتهاد وركنوا إلى تقليد المذاهب السابقة .

السبب الخامس قفل باب الإجتهاد :

لقد أفتى كثير من علماء هذه المرحلة بغلق باب الإجتهاد ، وذلك بعدما رأوا إقدام بعض أدعياء الدين والإجتهاد على الإفتاء والقول في دين الله بغير علم زاعمين أنهم يصدرون آراءهم عن اجتهاد وتأمل وإعمال فكر .

إلا أن قفل باب الإجتهاد قد أضر بالفقه الإسلامي ضررا بالغا حيث أصابه الجمود كما وقف العلماء عند تقليد الأئمة وإعمال الفكر في مذاهبهم ودعوة الناس إلى اتباعها .

المطلب الرابع
فى
أعمال الفقهاء

على الرغم من أن فقهاء هذه المرحلة تركوا الإجتهاد وركنوا إلى التقليد ، إلا أنه كان لبعضهم أعمال جليلة أفادت الفقه والفقهاء.

وتتمثل هذه الأعمال فيما يلى :

١- تعليل الأحكام   ٢- الترجيح بين الأراء المختلفة فى المذاهب.

٣- الإنتصار للمذهب .

وإليك بيان هذه الأعمال :

أولا تعليل الأحكام :

لقد قام علماء هذه المرحلة ببيان عللى الأحكام التى تركها الفقهاء دون أن يبينوا عللها ، وقد مكنهم ذلك من أن يحكموا على الجزئيات التى لم يرد فيها حكم عن أئمتهم وذلك عن طريق تخريج الأصول المعروفة .

وكان علماء الحنفية هم أكثر العلماء اشتغالا بالتعليل لقيام مذهبهم على كتب محمد بن الحسن ، وكان أكثرها عاريا من التعليل ، فاجتهدوا فى بيان أصول أئمتهم فى استنباط الأحكام .

أما الشافعية فقد كانوا أقل عناء فى هذه المسألة لتدوين الإمام الشافعى أصول مذهبه بنفسه وإملائها على تلاميذه .

وأما المالكية والحنابلة فلم يعيروا هذه المسألة اهتماما ، لعدم انشغالهم بالجدل والمناظرات التى تبارى فيها الحنفية والشافعية .

ثانيا الترجيح بين الآراء المختلفة فى المذهب :

يتنوع هذا الترجيح إلى نوعين اثنين :

١- ترجيح من جهة الرواية .

٢- ترجيح من جهة الدراية .

وإليك بيان هذين النوعين :

النوع الأول الترجيح من جهة الرواية :

فقد يختلف النقل عن فقهاء المذهب فى المسألة الواحدة ، وذلك حينما يتعدد النقلة ، فينقلون عن إمام المذهب أكثر من قول فى مسألة واحدة .

ويرجع الإختلاف فى النقل إلى أمور أهمها ما يلى :

١- خطأ بعض النقلة .

٢- رجوع الإمام نفسه عن الرأى الذى ذهب إليه إلى رأى آخر لظهور دليل أقوى من الدليل الذى بنى عليه الرأى الأول .

فمن علم من التلاميذ بالرجوع عن الرأى ينقل الرأى الثانى ، ومن لم يعلم منهم بذلك ينقل الأول .

٣- قد يكون للإمام رأيان فى مسألة واحدة ، أسس أحدهما على القياس، أما الثانى فبناه على الإستحسان ، فيقوم كل راو بالنقل كما سمع .

وإليك بعضا من رواة المذاهب :

أ- روى عن الإمام أبى حنيفة أبو يوسف وكذلك روى عنه محمد بن الحسن بطريق مباشر ، وبطريق غير مباشر أى عن طريق أبى يوسف وكذلك روى عنه غيرهما .

وروى عن أبى يوسف كل من الحسن بن زياد وعيسى بن إبان وغيرهما.

وروى كتب محمد بن الحسن عنه كثيرون .

ب- روى عن الإمام مالك كل من : ابن القاسم ، وابن الماجشون ، وأسد بن الفرات وغيرهم .

ج- روى عن الشافعى كل من : الربيع المرادى ، والمزنى ، وحرملة ، والبوطى وغيرهم .

ولما لم يكن الرواة على درجة واحدة فى التثبت والحفظ فإن العلماء كانوا يرجحون رواية من اشتهر عندهم بتمام الضبط وكمال الحفظ على رواية من لم يشتهر بذلك منهم .

وعلى ذلك كان الحنفية يرجحون رواية الصاحبين : أبى يوسف ومحمد على باقى الروايات، بإستثناء مسائل الميراث والوصية فكانوا يرجحون فيها ماروأه الحسن بن زياد لبراعته فى الحساب والجبر .

وكانوا عند التعارض بين رواية أبى يوسف ومحمد يرجحون رواية الثانى على رواية الأول ، لكمال ضبطه وعدم خلطه علم أبى حنيفة مع علم غيره .

كما كانوا يرجحون كتب محمد بن الحسن التى نقلها الثقاة من تلاميذه أمثال : أبو حفص الكبير، والجوزجانى ، وسموها بكتب ظاهر الرواية وعددها ستة ، أما ما هو أقل منها ثقة فسموه بكتب النوادر .

وكان المالكية يرجحون رواية ابن القاسم عن الإمام مالك على باقى الروايات .

أما الشافعية فقد كانوا يرجحون رواية الربيع والمزنى على باقى الروايات ، وعند التعارض بين رواية الربيع والمزنى يرجحون رواية الأول

على رواية الثانى ، لقوة حفظه وكمال ضبطه ، مع أنهم يعترفون بتقديم المزنى على الربيع من جهة الفقه والدراية .

النوع الثانى الترجيح من جهة الدراية :

ويكون ذلك بين أقوال الأئمة أو بين أقوال الإمام وأقوال تلاميذه المجتهدين .

وهذا النوع من الترجيح يحتاج إلى قدرة فائقة فى الإستنباط ومعرفة تامة بأصول الأئمة وطرقهم فى الإستنباط .

وعلى ذلك كانوا يرجحون الأراء التى تتفق مع هذه الأصول ، أو كانت مستنده إلى الأدلة الأصلية وهى الكتاب والسنة والقياس .

إلا أنهم قد يختلفون فى الترجيح نتيجة لتفاوتهم فى القدرة على التصرف ، وتبعا لما يتفق لهم من الوقوف على الأدلة الأصلية ، وكان أشهر العلماء اشتغالا بهذا النوع من الترجيح هم : الحنفية ، والشافعية .

ثالثا الإنتصار للمذهب :

وذلك بأن عمل كل فريق ينتسب إلى مذهب معين على الإنتصار لهذا المذهب ، ودعوة الناس إلى اتباعه وتأييده بجميع الوسائل .

وقد اتبعت طريقتان للوصول إلى هذا الغرض هما :

الأولى : تتبع المسائل المختلف فيها بين المذاهب، ومقارنتها ببعضها ، ثم بيان الراجح منها ، وكان طبيعيا أن يقوم كل فريق بترجيح المذهب الذى ينتمى إليه.

الثانية : كان كل فريق يجمع مناقب ومفاخر إمامه ويكتب في ذلك الأشعار والأمثال وينشرها على الناس رغبة منه في انتماء عدد كبير منهم لمذهب هذا الإمام .

المبحث الثانى
فى
المرحلة الثانية
«الجمود»

تبدأ هذه المرحلة فى منتصف القرن السابع الهجرى بعد سقوط بغداد عاصمة الخلافة العباسية على يد التتار فى عام ٦٥٦ هـ وتنتهى بإنتهاء هذا الدور فى أواخر القرن الثالث عشر الهجرى .

وكلامنا فى هذا المبحث يقع فى خمسة مطالب :

المطلـــب الأول : فى أعمال الفقهاء فى هذه المرحلة .

المطلـــب الثانى : فى أثر جمود الفقه .

المطلـــب الثالث : فى أسباب جمود الفقه .

المطلـــب الرابع : فى مراحل الجمود .

المطلب الخامس : فى مصادر الفقه فى هذا الدور .

المطلـــب الأول

فى

أعمال الفقهاء فى هذه المرحلة

ذكرنـا أن علمـاء المرحلـة الأولـى كـانت لهـم أعمـال جليلـة أفـادت الفقـه والفقهاء.

أما علماء هذه المرحلة فقد انصرفوا عما اشـتغل بـه السـابقون ، فقعدوا عن الإجتهاد ، وركنوا إلى التقليد المطلق ، الأمر الذى ترتب عليه جمود الفقه جمودا شديدا .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، وإنما تدهورت حركة التأليف كذلك . حيـث صارت المؤلفات الفقهية – فى الغالب – إما إختصارا ، وإما شرحا لمؤلفـات السابقة .

وقام العلماء بجمع المسائل والفروع فى عبارات ضيقة ، خفية الفهم ، بعيده المنال ، معقدة التركيب ، فتحولت هذه المؤلفات إلى ألغاز يحتـاج فهمهـا إلـى جهد كبير ووقت طويل .

وقد دعـا هـذا الأمـر إلـى وضـع شـروح لتفسـير هـذه الألغـاز وحـل ماغمض منها ، كما لمسـت الحاجـة إلـى التقـارير والحواشـى للإسـتعانة على حل كل هذه المشكلات ، حتى أصبح المطلـع علـى هـذه المؤلفـات يتعب ذهنه ويعمل فكره فى جمع ما تشتت بين المتـون ، والشـروح ، والحواشـى ، والتعليقات.

وعلى الرغم من ذلك ، لم تخل هذه المرحلـة مـن وجـود المؤلفـات الفقهيـة القيمة التى كانت مثالا حيا للتطبيق العملى لأحكـام الشـريعة الإسـلامية وهـى

المسماه بكتب الفتاوى : كالفتاوى الهندية ، والفتاوى المهدية ، والفتاوى البزازية.

وطريقة تأليف هذه الفتاوى : أن يذكر السؤال ثم الجواب عليه ، مع ذكر النص الفقهى الذى اعتمد عليه هذا الجواب .

كما ، أنه ظهر فى هذه المرحلة بعض العلماء الذين دعوا إلى نبذ التقليد ، وعودة الإجتهاد من جديد ، والرجوع إلى مصادر الفقه نفسها لاستنباط الأحكام منها وذلك كابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

المطلب الثانى
فى
أثر الجمود الفقهى

لقد ترتب على هذا الجمود الذى أصاب الفقه والفقهاء ، أن عجز العلماء عن الوفاء بحاجات الناس المتطورة .

كما نتج عن تدهور حركة التأليف أن سدت السبل أمام طلاب الفقه من جراء المؤلفات الصعبة ، المحتوية على كثير من التعقيدات ، المملوءة بكثير من الالتواءات والألغاز . فتسبب هذا فى انصراف الناس عن الفقه، واتجهوا إلى القوانين الوضعية الغربية يستمدون منها ما يحتاجون إليه من تشريعات .

وبهذا بعد الفقه عن الحياة العامة بعد أن سادها لقرون طويلة .

المطلب الثالث

فى

أسباب جمود الفقه

يرجع جمود الفقه فى هذه المرحلة إلى الأسباب الآتية :-

١- تفكك الدولة العباسية .

٢- انقطاع الصلة بين الناس وبين الكتب الفقهية .

٣- انصراف العلماء عن الإجتهاد .

وإليك بيان هذه الأسباب فيما يلى :

السبب الأول تفكك الدولة العباسية :

لقد ترتب على تفكك الدولة العباسية وانقسامها إلى دويلات متعددة ما يلى :

أ- ضعف الإستقلال السياسى للدولة ، الذى أدى بدوره إلى ضعف الإستقلال التشريعى .

لأن الإستقرار فى الدولة واجتماع كلمتها من العوامل التى تساعد على رقيها وتقدمها فى جميع شئونها .

ب- انقطاع الصلة بين العلماء ، فاصبحوا لا يعرفون بعضهم البعض فى سائر البلدان .

فنتج عن ذلك ضعف الفقه وجموده ، لأنه يعتمد على الرواية والتلقى ، وهما يؤديان إلى المناقشة والحوار وشحذ الأذهان ، الأمر الذى يساعد على نمو التشريع .

السبب الثانى انقطاع الصلة بين الناس وبين الكتب الفقهية :

لقد انقطعت الصلة بين الناس وبين كتب الأئمة السهلة التى كانت تؤخذ منها الأحكام بيسر وسهولة ، ويرجع ذلك إلى تدهور حركة التأليف فى هذه المرحلة حيث اتسمت المؤلفات الفقهية بالتعقيد والألغاز والرموز ، مما أتعب الذهن ، وأرهق الفكر فى حل هذه الرموز والألغاز لأخذ الأحكام منها .

السبب الثالث إنصراف العلماء عن الإجتهاد :

لقد انصرف العلماء فى هذه المرحلة عن الإجتهاد وركنوا إلى التقليد المطلق ويرجع ذلك إلى مايلى :

أ- التهيب من الفتوى ، والخوف من حقد الحاقدين ونقد الناقدين ، نظرا لتفشى الأمراض الخلقية بين العلماء .

ب- الميل إلى الكسل ، والركون إلى الراحة ، وكثرة المسائل والفروع المنقولة عن الأئمة .

المطلب الرابع
فى
مراحل الجمود

إن الجمود وعدم الإبتكار والتجديد لم يعتر الفقه الإسلامى فجأة ، وإنما بدأت شواهده من بداية هذا الدور فى منتصف القرن الرابع الهجرى ، واستمر حال الفقه يسير من ضعف إلى ضعف حتى وصل التقليد والجمود فيه إلى غاية مداه فى هذه المرحلة .

فقد تطور الأمر فى الفقه من مرحلة الإجتهاد المطلق إلى مرحلة الإجتهاد فى المذهب ، إلى الإجتهاد فى الفتيا ، ثم انتهى إلى لا شئ أى التقليد المطلق وعدم التجديد والإبتكار .

فلم يوجد بعد ابن جرير الطبرى من يجرؤ على الإجتهاد المطلق كما فعل هو ، حتى أعلن كثير من العلماء قفل باب الإجتهاد فى نهاية القرن الرابع الهجرى .

وقد اقتصر عمل العلماء – فى المرحلة السابقة –على التعليل ،والترجيح ، والإفتاء فيما لم يقم السابقون بالإفتاء فيه من مسائل .

واستمر الحال على ذلك حتى سقطت الدولة العباسية فى عام ٦٥٦ هـ فأصيب الفقه بالضعف والجمود ، وانصرف العلماء عما انشغل به السابقون، واقتصر عملهم على التمييز بين القوى والضعف ، وتأليف المتون والمختصرات المليئة بالإلتواءات والألغاز .

ثم جاء من بعدهم فركنوا إلى التقليد المطلق وحرموا على أنفسهم الترجيح بين الأراء وأعلنوا أن زمن ذلك قد ولى وانتهى .

من هذا يتضح أن الإجتهاد لم يتوقف فجأة ، وأن التقليد والجمود لم يصب الفقه مرة واحدة ، ومن هنا درج العلماء على تقسيم الفقهاء إلى طبقات تختلف من مذهب إلى آخر .

وقد قسم ابن عابدين علماء الحنفية إلى سبع طبقات هاك بيانها :

١- طبقة المجتهدين اجتهادا مطلقا .

٢- طبقة المجتهدين فى المذهب .

٣- طبقة المجتهدين فى الفتيا فى المسائل التى لم يقم إمام المذهب بالإفتاء فيها .

٤- طبقة أصحاب التخريج من المقلدين .

٥- طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين .

٦- طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى .

٧- طبقة المقلدين الضين لا يقدرون على عمل شئ مما سبق ، وإنما اقتصر عملهم على نقل الأقوال فقط .

المطلب الخامس

فى

مصادر الفقه فى هذا الدور

لما كان كل فريق من علماء هذا الدور يقلد مذهبا معينا وينتمى إليه، فإن المصادر التى كان يرجع إليها هى :

١- كتب المذهب الذى يقلده العلماء ، غير أنها لم تكن على درجة واحدة من حيث الثقة بما ورد فيها من أقوال ، ومن حيث نوعها ، ومن حيث شهرة مؤلفيها بالفقه واستيعاب المذهب .

لذلك كان يرجح بعضها على بعض .

فالحنفية - مثلا - كانوا يقدمون كتب ظاهر الرواية على غيرها من الكتب، وليس هذا فقط ، بل كانوا يفاضلون بين كتب ظاهر الرواية نفسها ، فيقدمون منها كتاب الأصل على باقيها .

كما كانوا يقدمون المتون على الشروح ، ثم هذه على كتب الفتوى .

٢-إذا لم توجد المسألة فى هذه الكتب لجأوا إلى القياس على مسألة شبيهة بها فى المذهب .

٣- إذا تعذر استعمال القياس لعدم وجود المسألة المشابهة لها ، استمدوا الحكم مباشرة من المصادر التى ارتضاها أئمتهم ، وأكثر ما كانوا يعتمدون عليه منها مالا يخرج الأخذ به عن كونه استحسانا ، أو عملا بالمصلحة المرسلة .

الفصل السادس
فى
الدور السادس
النهضة الفقهية فى العصر الحاضر

نظرا لما صار عليه حال الفقه الإسلامى من جمود ، ولما وصلت إليه حركة التأليف من تدهور فى الدور السابق ، قام بعض المصلحين ينادون بإنقاذ الفقه مما أصابه حتى يفى بحاجات الناس ويستغنون به عن التشريعات الوضعية.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين :

المبحث الأول : فى الدعوة إلى إصلاح حال الفقه وأهدافها.

المبحث الثانى : فى مظاهر النهضة الفقهية فى العصر الحاضر .

المبحث الأول
فى
الدعوة إلى إصلاح حال الفقه وأهدافها

كلامنا فى المبحث يقع فى مطلبين :-

المطلب الأول : فى الدعوة إلى إصلاح حال الفقه .

المطلب الثانى : فى أهداف حركة الإصلاح .

المطلب الأول
في
الدعوة إلى إصلاح حال الفقه

بدأت الدعوة إلى إصلاح حال الفقه والنهوض به منذ بداية القرن الثامن الهجرى .

فقدنادى كل من ابن تيمية - المتوفى عام ٧٢٨ هـ - وتلميذه ابن قيم الجوزية - المتوفى عام ٧٥١ هـ - بالإبتعاد عن التقليد ، وإطلاق حرية الإجتهاد من جديد لمن توجد عنده القدره عليه ، والعودة بالفقه الإسلامى إلى مصادره الأولى .

وقد اجتهد كل منهما بالفعل وخالفا المذهب الحنبلى الذى ينتسبان إليه فى بعض الآراء . بل خالفا ما عليه جمهور العلماء أيضا .

الأمر الذى جعل الناس يتهمون ابن تيمية بالمروق والخروج على تعاليم الدين الإسلامى .

وفى نهاية القرن الثانى عشر وأوائل القرن الثالث عشر من الهجرة ظهرت فى شبه الجزيرة العربية ما يسمى بالحركة الوهابية حيث دعا محمد بن عبد الوهاب - المتوفى عام ١٢٠٦ هـ - بما دعا به ابن تيمية وتلميذة .

وفى مصر وجد جمال الدين الأفغانى - المتوفى عام ١٨٩٨م - وكان من أكابر زعماء الإصلاح ، بل يعتبر باعث النهضة الفكرية فى بلاد الشرق ، حيث دعا إلى الإصلاح الشامل : الدينى ، والأجتماعى ، والسياسى .

وقد خلفه فى هذه الدعوة العامة تلميذه محمد عبده - المتوفى عام ١٩٠٦م - .

وفى سوريا دعا بعض الكتاب بما دعا به ابن تيمية وتلميذه .

وفى باكستان قامت حركة فقهية كبيرة على يد الشاعر محمد إقبال صاحب المحاضرات الست عن بناء الفكر الدينى فى الإسلام ، وقد نادى بالإصلاح الإجتماعى ، والتحرر من التقليد ، والتمسك بروح الشريعة ومبادئها العامة .

أما فى السودان فقد ظهرت تباشير النهضة الفقهية بعد ماتولى المراغى رئاسة القضاء فيها ، وقام بإصدار عدة منشورات قضائية أخذ فى كثير من أحكامها من غير المذهب الحنفى .

المطلب الثانى
فى
أهداف حركة الإصلاح

لقد استهدفت حركة الإصلاح الفقهى ما يلى:

١- الدعوة إلى الإجتهاد المطلق لمن تتوافر فيه شروط هذا الإجتهاد ، اى العودة بالفقه إلى المصادر الأصلية وهى : الكتاب ، والسنة ، وما ينبنى عليها من مصادر ومحاربة التقليد .

٢- عدم التفرقة بين مذهب وآخر من المذاهب الإسلامية الكبرى ، والعمل على الإستفادة منها كلها فى القضاء وغيره ، وذلك تيسيرا على الناس ، وتمشيا مع روح الشريعة السمحة .

٣- التخلص من المؤلفات القديمة المعقدة التى وجدت فى الدور السابق والعمل على إظهار دقائق الشريعة وكنوزها بأسلوب سهل ميسر ، حتى يمكن الوقوف عليها دون عنت ومشقة .

المبحث الثانى
فى
مظاهر النهضة الفكرية فى العصر الحاضر

تتمثل هذه المظاهر فى امرين :-

الأول : دراسة الفقه والتأليف فيه .

الثانى : تقنين أحكام الفقه دون التقيد بمذهب معين .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول : فى دراسة الفقه والتأليف فيه .

المطلب الثانى : فى تقنين أحكام الفقه الإسلامى .

المطلب الأول
في
دراسة الفقه والتأليف فيه

لقد اهتم العلماء في العصر الحاضر بدراسة الفقه والنهوض به ، ومن أهم مظاهر هذا النهوض من ناحية الدراسة والتأليف فيما يلي :

أولا من حيث الدراسة :

١- العناية بدراسة المذاهب الأربعة المشهورة ، دون تفضيل مذهب على آخر، وكذلك الآراء المعتبرة في الفقه الإسلامي .

فكما نعلم كان أغلب الحكام – في الدور السابق – يقلدون مذهبا معينا ،ولا يولون القضاء إلا لمن ينتمي إليه ، كما يلزمون الناس بإتباعه .

أما في هذا الدور فقد تخلصت أغلب البلاد الإسلامية من هذا الأمر ، وأصبحت الدراسة في المعاهد العلمية المهتمة بدراسة الفقه الإسلامي ، وخاصة الأزهر الشريف ، شاملة لجميع المذاهب الجماعية الكبرى –الحنفي ، والمالكي والشافعي ، والحنبلي – بالإضافة إلى أراء الصحابة ،والتابعين ، والمذاهب الأخرى التي اندثرت لعدم وجود أتباع لها .

وجدير بالذكر أن الدراسة بالأزهر لم تعد قاصرة على العلوم الشرعية واللغوية ، وإنما شملت أيضا العلوم الأخرى التي تدرس في التعليم العام ، وقد أدى هذا إلى الإمتزاج بين العلوم الدينينة والعلوم الدنيوية .

٢- الإهتمام بالدراسة الموضوعية المفيدة .

كما نعلم - أيضا - كانت المؤلفات الفقهية في الدور السابق تتسم بالإيجاز ، والإختصار ، وتحتوى على كثير من التراكيب اللغوية المعقدة ، الأمر الذى جعل الإطلاع عليها ودراستها يحتاج إلى عنت ومشقة .

أما فى هذا الدور فقد اهتمت الدراسة بمضمون الفقه وجوهره ، والعمل على التخلص من كل التعقيدات العلمية القائمة على النظر الجدلى .

ويرجع الفضل فى ذلك إلى أمرين :

الأول : العمل على دراسة الكتب الفقهية القديمة التى لا تحتوى على شئ من هذا التعقيد وذلك الغموض .

الثانى : قيام المؤلفين المحدثين بتأليف الكتب الفقهية على أسس علمية خالصة ، حتى يمكن دراستها والإطلاع عليها بسهولة ويسر .

٣- *العناية بدراسة الفقه المقارن* .

كانت المقارنة بين آراء الأئمة - فى الدور الماضى - تعقد لغرض معين ، هو الإنتصار للمذهب حتى ولو ضعف دليله .

أما فى هذا الدور فالأمر يختلف ، حيث تعقد المقارنة لتحقيق غرض موضوعى هو الوصول إلى الرأى الراجح الذى قوى دليله دون التعصب لمذهب معين .

والمقارنة فى اللغة هى الجمع والمقابلة ، أما فى الإصطلاح فتعنى : جمع أقوال الفقهاء مقرونة بأدلتها ، ثم مقابلة بعضها ببعض بالنظر فى صحتها ووجوه دلالتها ، مع بيان وجوه الطعن التى أبداها كل منهم بالنسبة لدليل الآخر ، وردها ، ليتبين ما قوى دليله حتى يلزم العمل به ، لوجوب تقديم الراجح على المرجوح شرعا وعقلا .

وتتنوع هذه المقارنة إلى نوعين إثنين :-

الأول : مقارنة بين المذاهب الفقهية .

الثانى : مقارنة بين هذه المذاهب والقانون الوضعى .

ففى النوع الأول : تعرض آراء المذاهب مشفوعة بأدلتها ، ثم تناقش هذه الأدلة ، حتى يصل المقارن إلى الرأى الذى قوى دليله فيقوم بترجيحه .

أما النوع الثانى : فتعرض أراء المذاهب فى مسألة معينة ثم موقف القانون الوضعى منها ، ثم يبين المقارن أوجه الإتفاق وأوجه الإختلاف بين هذه المذاهب والقانون .

وقد قام بهذا النوع من المقارنة كثير من الباحثين المحدثين ، الذين سمحت ظروفهم بالإقدام عليه ، وبينوا الكثير من الحلول الجزئية والنظريات العامة التى تشهد على أن الفقه الإسلامى سبق جميع القوانين الوضعية فى وضعه لهذه الحلول والنظريات .

هذا وللمقارنة فوائد كثيرة منها مايلى :

أ- معرفة أقوال الفقهاء فيما اختلفوا فيه .

ب- ومعرفة مسالكهم فيما اختلفوا فيه .

ج- معرفة ما قوى دليله من الأحكام .

د- ترجيح الحكم الذى قوى دليله ، لأنه يكون أقرب إلى الصواب .

هـ-المقارنة تيسر للمقارن الإفتاء والقضاء .

٤- الإتجاه إلى إظهار النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ودراستها

فقد قام كثير من العلماء بالكتابة فى هذه النظريات بعد أن جمعوها من مختلف أبواب الفقه ومسائله .

كما اهتمت المعاهد العلمية المتخصصة بدراستها .

ومن أمثلة هذه النظريات : نظرية العقد ، ونظرية المال والملك ، ونظرية الضرورة ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق .

٥- التخصص فى الدراسة .

لقد اتجهت سائر العلوم اتجاها كبيرا نحو التخصص الدقيق ، فصار لكل نوع من أنواع المعرفة دراسات خاصة به .

لذلك قام المهتمون بالدراسات الشرعية بإنشاء دراسات عليا متخصصة فى فروع الفقه الإسلامى ، فى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، وفى كثير من كليات الحقوق بالجامعات المصرية وغيرها من البلاد الإسلامية .

ولاشك أن هذا النوع من الدراسة يدفع صاحبه إلى التعمق ، كما يربى فيه ملكة فقهية يستطيع من خلالها الترجيح والتخريج والإستنباط .

وقد ظهر ذلك جليا فى الرسائل العلمية ، والأبحاث ، والكتب المؤلفة فى العصر الحاضر .

ثانيا من ناحية التأليف :

أما من حيث التأليف فقد ركز المؤلفون كل جهدهم فى ابراز دقائق وكنوز الفقه الإسلامى بأسلوب سهل ميسر خال من التعقيد والغموض، فأصبح من اليسير الإطلاع على المؤلفات الفقهية والإستغناء بهذا الفقه العظيم عن التشريعات الغربية الوضعية .

المطلب الثانى
فى
تقنين أحكام الفقه الإسلامى

المراد بالتقنين :

صياغة أحكام مسائل كل باب فى مواد مرقمة ومرتبة ، يختار لكل مسألة رأى واحد يلزم به الكافة .

الغرض منه :

يتمثل الغرض من التقنين فيما يلى :

١- عدم تعارض الأحكام الصادرة فى المسائل المتشابهة .

لأن إلزام القضاة بتطبيق النص المتفق عليه على كل هذه المسائل يؤدى إلى اتحاد الأحكام الصادرة فيها وعدم اضطرابها وتعارضها .

٢- تيسير حصول القضاة على الأحكام التى سيقضون بها .

لأن صياغة الأحكام الفقهية فى مواد مرقمة ومتتابعة بأسلوب سهل يساعد على الوصول إلى الحكم دون عنت ومشقة .

أما لو ترك القضاة وشأنهم يبحثون عن الأحكام فى الكتب الفقهية نفسها ، فإن ذلك قد يشق عليهم .

لأن الإطلاع عليها وفهمها لا يقدر عليه إلا من كانت له خبرة خاصة ودراية تامة بها .

مظاهر التقنين الفقهى :

تتمثل هذه المظاهر فى أمور منها ما يلى :

١- مجلة الأحكام العدلية :

لقد نفذت فكرة التقنين الفقهى بالفعل فى تركيا فى نهاية القرن الثالث عشر الهجرى .

وذلك بعد ما انشأ العثمانيون المحاكم وأضافوا إلى إختصاصها بعض الدعاوى التى تدخل فى إختصاص المحاكم الشرعية .

لأن الحاجة مست إلى تقنين أحكام الفقه فى مواد مرقمة ومرتبة حتى يسهل على القضاة غير الشرعيين الوصول إليها وتطبيقها .

فأمر السلطان بتشكيل لجنة من هيئة كبار العلماء المختصين برئاسة أحمد جودة باشا لوضع مجموعة أحكام فى المعاملات تؤخذ من الفقه الحنفى وكان ذلك فى عام ١٢٨٦ هـ ، وقد إنتهت اللجنة من عملها فى عام ١٢٩٣ هـ .

وسميت هذه المجموعة "مجلة الأحكام العدلية" .

وعقب ذلك صدرت الأوامر السلطانية بالعمل بأحكامها فى تركيا والبلاد التابعة لها .

وتحتوى هذا المجلة على ١٨٥١ مادة ، وإن كان بعض أحكامها يمثل الأقوال المرجوحة من المذهب الحنفى ، ويرجع ذلك إلى التيسير على الناس .

٢- قانون العائلات :

ظهر هذا القاذنون فى تركيا - أيضا - عام ١٣٢٦ هـ ، ويعالج أحكام الزواج وفرقه ، وقد أخذت بعض أحكامه من غير المذهب الحنفى ، وكان هذا بداية نبذ التقليد لمذهب معين .

٣- حركة التقنين الفقهى فى مصر :

قام الفقيه قدرى باشا بصياغة مجموعة من القوانين استمدها من الفقه الحنفى وهذه القوانين هى :

أ- تقنين أحكام المعاملات وقد سماها "مرشد الحيران" ويتكون من ٩٤١ مادة ، وقد طبعته الدولة عام ١٨٩٠ م .

ب- تقنين أحكام الوقف وقد سماه "كتاب العدل والإنصاف فى مشاكل الأوقاف" ويحتوى على ٦٤٦ مادة ، وقد طبع عام ١٨٩٣ م.

ج- تقنين أحكام الأحوال الشخصية ، وقد اقتصر فيه على "أحكام الحجر ، الميراث ، والوصية ، والهبة ، والإيصاء" وقد بلغت مواد هذا التقنين ٦٤٧ مادة .

غير أن مجموعة القوانين هذه كانت عملا شخصيا لهذا الفقيه ، ولم يصبغ بالصبغة الرسمية ، إلا أنها مهدت الطريق لبدء التقنين الرسمى فى الدولة .

ولما ضاق الناس ذرعا ببعض الأحكام المستمدة من الفقه الحنفى الذى تطبقه المحاكم طالبوا ولاة الأمور بأن يصدروا تشريعات تؤخذ من جميع المذاهب، فاستجابت الحكومة لهذة الرغبة ، وشكلت لجنة من كبار العلماء والمشرعين برئاسة وزير الحقانية (العدل) عام ١٩١٥م لوضع قانون للأحوال الشخصية، فقامت بعمل مشروع لهذا القانون عام ١٩١٦ م ، وأعيد طبعه بعد تنقيحه عام ١٩١٧ ، غير أنه لاقى معارضة من بعض العلماء فلم يصدر به قانون ، وقد ساعدت على ذلك الظروف السياسية الناجمة عن قيام الحرب العالمية الأولى فى ١٩١٨م.

وفى عام ١٩٢٠م صدر مرسوم بقانون رقم ٢٥ لمعالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية ، ويشتمل على ١٤ مادة ، وأستمدت أحكامه من المذاهب الأربعة . وكان هذا بداية الخروج على التقيد بالمذهب الحنفى .

وفى عام ١٩٢٣ م صدر القانون رقم ٥٦ يقضى بوضع حد أدنى لسن الزواج قدره بستة عشر عاما للأنثى ، وثمانية عشر عاما للذكر .

وليس لهذا التحديد سند فى المذاهب الأربعة ، وإنما استند واضعوا هذا القانون إلى ماذهب إليه ابن شبرمه ، وعثمان البتى وأبو بكر الأصم حيث قالوا بحكم قريب من هذا التحديد . ويعتبر هذا خروجا على المذاهب الأربعة فى التقنين المصرى .

وفى عام ١٩٢٩م صدر القانون رقم ٢٥ لمعالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية أيضا ويحتوى على ٢٥ مادة ، وقد استمدت أحكامه من المذاهب الأربعة ، ومن غيرها .

وفى عام ١٩٣١م صدر القانون رقم ٨٧ بشأن تنظيم المحاكم الشرعية .

وفى عام ١٩٤٣م صدر القانون رقم ٧٧ متضمنا أحكام الميراث ويشتمل على ٤٨ مادة .

وفى عام ١٩٤٦م صدر القانون رقم ٧١ يشتمل على أحكام الوصية ويتكون من ٨٢ مادة .

وفى نفس العام صدر - أيضا - القانون رقم ٤٨ يتضمن بعض أحكام الوقف ويحتوى على ٥٢ مادة .

إلا أن كثيرا من أحكام هذا القانون ألغى بالقانون رقم ١٨٠ الصادر سنة ١٩٥٢ والقوانين المعدلة له وأخذت أحكام هذه القوانين الثلاثة من المذاهب الأربعة، ولم يقتصر فيها على المذهب الحنفى فقط .

وفى عام ١٩٧٩م صدر القرار رقم ٤٤ بقانون يعدل وينظم بعض مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أنه لاقى معارضة كبيرة من بعض العلماء ثم ألغته المحكمة الدستورية العليا لعدم دستوريته .

وفى عام ١٩٨٥م صدر القانون رقم ١٠٠ بشأن بعض مسائل الأحوال الشخصية وهو آخر القوانين التى قننت فى مصر طبقا لأحكام الفقه الإسلامى ودون التقيد بالمذهب الحنفى .

الباب الثالث
في
المذاهب الفقهية وأسباب اختلاف الفقهاء

يقسم هذه الباب إلى فصلين اثنين :

الفصل الأول : فى المذاهب الفقهية .

الفصل الثانى : فى أسباب اختلاف الفقهاء .

الفصل الأول
في
المذاهب الفقهية

تمهيد وتقسيم :

تنقسم المذاهب الفقهية إلى قسمين : جماعية ، وفردية .

فالمذاهب الجماعية هي التي تكونت من آراء الأئمة وعمل التلاميذ .

فيضم المذهب الجماعي آراء الإمام ، وأقوال تلاميذه في المسائل التي لم يتعرض لها ، وكذلك أقوالهم فيما تعرض له إلا أنه اختلفت فيه وجهة نظرهم مع وجهة نظر إمامهم .

أما المذاهب الفردية فتتكون من آراء فقيه واحد. لأنها انتهت بإنتهاء صاحبها، حيث لم يوجد له أتباع يقومون بتدوينها ونشرها .

وقد ظهرت المذاهب الجماعية في الدور الرابع المسمى بدور الإزدهار الفقهي - كما سبق-

أما المذاهب الفردية فقد وجدت في عصر الصحابة والتابعين. وتنقسم المذاهب الجماعية بحسب طوائف المسلمين إلى ثلاثة أقسام : مذاهب أهل السنة ، ومذاهب الشيعة ، ومذاهب الخوارج .

وقد اشتهر من بين مذاهب أهل السنة ثلاثة عشر مذهبا كل أئمتها من المجتهدين الذين قلدت آراؤهم ، ودونت مذاهبهم ، وأقر لهم جمهور المسلمين بالإمامة والزعامة في الفقه .

وهذه المذاهب هى :

١- المذهب الحنفى فى الكوفة .

٢- المذهب المالكى فى المدينة .

٣- المذهب الشافعى فىمصر .

٤- المذهب الحنبلى فى بغداد .

٥- مذهب داود الظاهرى فى بغداد .

٦- مذهب ابن جرير الطبرى فى بغداد .

٧- مذهب أبى ثور فى بغداد .

٨- مذهب سفيان بن عينيه فى مكة .

٩- مذهب سوفيان الثورى فى الكوفة .

١٠- مذهب الحسن البصرى فى البصرة .

١١- مذهب الأوزاعى فى بلاد الشام .

١٢- مذهب الليث بن سعد فى مصر .

١٣- مذهب إسحاق بن راهوية فى نيسابور .

هذا بالإضافة إلى كثير من المذاهب الفردية التى لم تشتهر لعدم وجود من يقلدها وينشرها بين الناس ، وقد ورد ذكر كثير منها فى كتب الخلاف .

وقد بقى من مذاهب أهل السنة حتى الآن أربعة مذاهب: المذهب الحنفى ، والمذهب المالكى ، والمذهب الشافعى ، والمذهب الحنبلى .

وبقى من مذاهب الشيعة مذهبان : المذهب الزيدى ، والمذهب الإمامى (الجعفرى) .

أما الخوارج فبقى لهم مذهب واحد هو : المذهب الأباضى .

أما مذاهب أهل السنة الأخرى فلم تدم طويلا ، لأن أتباعها تناقصوا إلى أن انقرضوا فانتهى العمل بها نهائيا .

فقد ظل العمل بمذهب الأوزاعى - المتوفى عام ١٥٧ هـ - جاريا بالشام وبلاد الأندلس طوال القرن الثانى الهجرى ، ثم انتهى العمل به بعد هذا القرن حينما غلب المذهب المالكى عليه .

وانتهى العمل - كذلك - بمذهب أبى ثور-المتوفى حوالى عام ٢٤٠هـ - بعد القرن الثالث الهجرى .

وانتهى العمل - أيضا - بمذهب ابن جرير الطبرى فى منتصف القرن الخامس الهجرى .

وقد ظل العمل بمذهب داود الظاهرى - المتوفى عام ٢٧٠ هـ -حتى نهاية القرن الثامن الهجرى .

وسوف نقصر الدراسة على المذاهب التى لا زالت باقية حتى الآن .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى سته مباحث :-

المبحث الأول : فى المذهب الحنفى .

المبحث الثانى : فى المذهب المالكى .

المبحث الثالث : فى المذهب الشافعى .

المبحث الرابع : فى المذهب الحنبلى .

المبحث الخامس : فى مذاهب الشيعة .

المبحث السادس : فى مذاهب الخوارج .

المبحث الأول
في
المذهب الحنفي

ينقسم هذا المبحث إلى ستة مطالب :-

المطلب الأول : في مولد إمام المذهب ونشأته .

المطلب الثاني : في تعلم الإمام الفقه .

المطلب الثالث : في مكانة الإمام الفقهية .

المطلب الرابع : في أصول مذهبه وطريقته في الاجتهاد .

المطلب الخامس : في التهمة التي وجهت إليه .

المطلب السادس : في شيوخه وتلاميذه .

المطلب الأول
في
مولد الإمام ونشأته

ينسب هذا المذهب إلى الإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى ، فهو مؤسسه وزعيمه وإمامه الأول .

وهو من أصل فارسي ، وقيل : أن جده كان مولى لتيم الله بن ثعلبه ، وقيل:أنه كان من سلالة أحرار لم يضرب على أحد منهم رق مطلقا . وعلى أية حال فإن أبا حنيفة لم يكن عربيا وإنما كان من الموالى .

ولد بالكوفة – إحدى مدن العراق – عام ٨٠ هـ وكان ذلك فى عهد الخليفة الأموى عبد الملك بن مروان ، وكان واليه على العراق فى ذلك الوقت هو الحجاج بن يوسف الثقفى ، الذى اشتهر بالقسوة والغلظة فى محاربة خصومة الخارجين على الأمويين .

وقد عاصر أبو حنيفة – وهو فى صباه – الفتن التى ثارت فى ولايته ، كما عاصر – فى أول شبابه – خلافة عمر بن عبد العزيز الذى نعم الناس بالطمأنينة والعدل فى ظلها ، كما إزدهرت فيها الحركة الفقهية .

وقد جلس أبو حنيفة للتدريس والإفتاء فى أواخر عهد الدولة الأموية ، فاشتهر وذاع صيته فى الآفاق ، وجاء إليه كثير من الناس لسماعه والتلقى عنه، الأمر الذى دفع والى العراق – ابن هبرة – إلى أن يطلب منه أن يتولى منصب القضاء ، حتى يستميله إلى الأمويين ، لأن الصراع كان قد

دب بينهم وبين العباسيين على الحكم ، إلا أن ابا حنيفة رفض هذا الطلب، فأمر هذا الوالى بضربه وحبسه ، ثم أخلى سبيله بعد ما رآه مصرا على رفضه .

وحينما تولى العباسيون الخلافة ، نازعهم العلويون ، لذلك كانوا يعمدون إلى أئمة الناس ورءوس المفكرين لاستمالتهم إليهم والوقوف بجانبهم وتأيدهم . فطلب الخليفة أبو جعفر المنصور من الإمام أن يتولى القضاء فأبى – أيضا – فأمر بضربه وحبسه ، وقد مات فى هذا الحبس عام ١٥٠ هـ .

المطلب الثانى
فى
تعلمه الفقه

لقد بدأ ابو حنيفة حياته بالاشتغال بالتجارة ، وحينما رآه عامر الشعبى ولمح مظاهر النجابة فى وجهه حثه على الإشتغال بالعلم . فبدأ بتعلم اللغة العربية والنحو وكان ذلك لفترة قصيرة ، ثم اتجه إلى تعلم علم الكلام ، وقد ظل يتعلمه لفترة لا بأس بها ، ولما تبين له عدم فائدة للناس انصرف عنه إلى تعلم الفقه .

ولقد كان لدراسته علوم اللغة والنحو أثر كبير على دقته فى فهم معانى النصوص من الكتاب والسنة .

كما أثرت دراسته لعلم الكلام فى انتهاجه نهجا فلسفيا فى استنباط الأحكام . وذلك ان عنايته كانت تتجه إلى البحث عن حكمة النص وروحه ، ولا تقف عند ظاهره .

وهذا ما دفعه إلى عدم الإقتصار على النظر فى سند الحديث ، وإنما تعدى ذلك إلى النظر فى القول أو الفعل الذى ينسب إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، فإذا تبين له عدم اتساقه مع روح التشريع أو كان معارضا لقاعدة عامة ، وكان راوية غير فقيه ، فإنه يقدم الحمل بالقاعدة العامة على العمل بهذا الحديث .

كما أثرت دراسته لعلم الكلام فى تفوقه وبراعتـه فـى الجدل والمنـاظرة ، حيث لم يستطع أحـد من معاصريـه أن يجاريـه فـى هذا الميدان الـذى كـان عاملا من عوامل نهضة الفقه الإسلامى - كما سبق - .

وحينما بدأ أبو حنيفة فى تعلم الفقه تتلمذ - فى بداية الأمر - علـى عدد كبير جدا من الفقهاء - أوصلهم البعض إلى أربعـة آلـف مـن التـابعين وغيرهم - فلما جلس فى حلقة حماد بن أبى سليمان وسمع منه الفقه ، أعجب به ولزم حلقته حتى مات، فحل محله فى حلقته حينما طلـب منـه أتبـاع حمـاد الجلوس للدرس والفتوى فيها ، فلم يملأ فراغ حماد سواه .

وكان حماد قد القى علمه على إبراهيم النخعـى زعيم مدرسة الـرأى فـى زمانه ، كما درس على عامر الشعبى الذى كان يميل إلى الإستدلال بـالحديث أكثر من ميله إلى الرأى .

ومن هنا تمكن حماد من الإفتاء بالرأى وفى نفس الوقت حفظ كثيرا مـن الأحاديث ، وقد وعى ذلك كله عن تلميذه أبى حنيفـة الـذى حـل محلـه بعـد وفاته.

المطلب الثالث
في
مكانته الفقهية

لقد عاصر الإمام أبا حنيفة – أثناء جلوسه للتدريس والإفتاء – عدد من فقهاء أتباع التابعين ، كالشعبي، والأعمش – وعدد من فقهاء أتباع التابعين ، كابن أبي ليلى ، وسفيان الثوري ، وابن شبرمه ، وشريك بن عبد الله النخعي– فتفوق عليهم جميعا في الجدل والمناظرة ، كما كان يزاحمهم في الإفتاء. لذلك كان إقبال الدارسين عليه أكثر بكثير من إقبالهم على غيره ، حتى صارت حلقة درسه أوسع حلقات المسجد وأعظمها . ويشهد لذلك تلقي بعض شيوخه عنه مثل عمرو بن دينار ، وكذلك تلقى بعض أقرانه عنه كعبد الله بن المبارك .

وكان أبو حنيفة يعارض الأحكام التي يصدرها القاضي ابن أبي ليلى ويسخر منه الناس ، فشكاه هذا القاضي إلى أمير الكوفة فمنعه من الإفتاء مدة .

وهكذا اشتهر أمره وذاع صيته في الآفاق ، فانصرفت إليه وجوه الناس وأكرمه الخلفاء والأمراء والحكام.

وقد ظل شأنه في ارتفاع حتى استحكم أمره ، فنتج عن ذلك حقد الناس وحسدهم له ، فحاولوا النيل منه ، غير أن ذلك لم يؤثر فيه ، لاستفاضة علمه، وورعه وتقواه .

وقد قيل : إنه أول من دون علم الفقه مرتبا على أبوابه ، وقد تابعه الإمام مالك في ترتيب كتابه الموطأ .

كما أنه أول من وضع كتاب : الفرائض ، والشروط ، وقد شهد بمكانته الرفيعة فى الفقه جل معاصريه من الفقهاء حتى من كانت بينه وبينهم خصومة ومنافسة .

يقول ابن شبرمة فيه : "إن كان يجوز لأحد أن يتكلم فى دين الله تعالى برأيه فأبو حنيفة"

ويقول الأعمش : "إن أبا حنيفة لحسن المعرفة بمواضع الفقه الدقيقة وغوامض العلم الخفية"

وقال لرجل سأله عن مسألة : " عليك بأهل تلك الحلقة فإنهم إذا وقعت لهم مسألة لا يزالون يديرونها بينهم حتى يصيبوها (يعنى حلقة ابى حنيفة) "

ويقول ابن المبارك : " أفقه الناس أبو حنيفة ، ما رأيت فى الفقه مثله" .

ويقول يحيى بن سعيد القطان : "لا نكذب والله ، ما سمعنا أحسن من رأى أبى حنيفة وقد أخذنا بأكثر أقواله."

كما شهد له بهذه المكانة من جاء بعده من الأئمة :

يقول الإمام الشافعى : "الناس فى الفقه عيال على أبى حنيفة " .

ويقول جعفر بن الربيع : "اقمت على ابى حنيفة خمس سنين فما رأيت أطول صمتا منه فإذا سال عن شئ من الفقه تفتح وسال كالوادى. "

هذا وقد بلغ من شهرته والتفاف الناس حوله أن خشى الحكام من ميله إلى خصومهم ، الأمر الذى يؤدى إلى إنصراف الناس عنهم انضمامهم إلى

أعدائهم تبعا له . فحاولوا اختبار ولائه لهم ، بعرض منصب القضاء عليه مرتين ، فلما أبى ضرب وحبس حتى مات فى المرة الثانية .

فكانت شهرته العلمية ، ومكانته الفقهية سببا فى محنته وبلائه .

أبو حنيفة وفقهه الإفتراضى :

كان الإمام أبو حنيفة لا يتحرج من الفتيا فى جميع المسائل ما وقع منها وما لم يقع ، وكان يقول : "إن العلماء يستعدون للبلاء ويتحرزون منه قبل وقوعه"

وقد كان لفقهه الإفتراضى أثر كبير فى تضخم الفقه الإسلامى وتطوره .

المطلب الرابع
فى
أصول مذهبه وطريقته فى الاجتهاد

يبين الإمام أبو حنيفة بعض الأصول التى اعتمدها فيقول : "إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجده فيه ، أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقاة ، فإذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلى أن أجتهد كما اجتهدوا" .

أما بقية أصوله فتعرف مما رواه عنه أصحابه ، ومن تتبع فروعه الفقهية.

وعلى ذلك فأهم الأصول التى كان أبو حنيفة يرجع إليها فى الإستنباط تتمثل فيما يلى :

١ – القرآن الكريم : فهو المصدر الأول الذى اعتمده أبو حنيفة كغيره من الأئمة لأنه أصل التشريع .

وكان من أوائل الذين بينوا وجوه دلالاته ، إلا أنه خالفهم فى كثير من هذه الدلالات، كمفهوم المخالفة حيث لم يقل به وقال به غيره .

٢- السنة المطهرة : فهى المصدر الثانى بالإتفاق ، إلا أن الإمام تشدد فى قبول أخبار الآحاد حيث اشترط للعمل بها شروطا لم يشترطها باقى الأئمة .

٣- الإجماع : فقد اعتبره أبو حنيفة حجة بعد الكتاب والسنة سواء كان صريحا أو سكوتيا ، غير أنه كان يعتبر الأول حجة قطعية ، اما الثانى فكان يعده حجة ظنية .

٤- القياس : فقد توسع فيه الإمام كثيرا ، نظرا لتشدده فى قبول أخبار الآحاد ، وتوسعه فى الفقه الإفتراضى .

٥- أقوال الصحابة : فكان يعتبرها حجة ملزمة يتخير منها مايوافق اجتهاده ولا يخرج عنها كلها ، سواء أكانت فيما لا مجال للإجتهاد فيه بالرأى ، أم كانت فيما فيه مجال للإجتهاد بالرأى .

٦- الإستحسان : فقد توسع فى الإستدلال به أكثر من غيره وبنى عليه الكثير من الأحكام .

٧- العرف : حيث بنى عليه كثيرا من الفروع الفقهية وخاصة فى العقود والشروط والأيمان .

المطلب الخامس
فى
الاتهام الموجه للإمام

لقد ادعى خصوم الإمام بانه لم يكن يول الحديث أهمية كبيرة فى الإستنباط، وإنما كان يجعل للرأى المكان الأول فيه .

وقالوا : بانه رد كثيرا من الأحاديث وقدم عليها الإجتهاد بالراى ، وأنه لم يبن مذهبه إلا على سبعة عشر حديثا ، حتى أنه قيل : بأن مذهبه ما هو إلا فلسفة فارسية صيرت الفقه الذى هو جزء من الشريعة عملا وضعيا .

وقد أجيب عن هذه التهم بأنها ليست صحيحة ، لأن أبا حنيفة لم يكن يلجأ إلى الرأى إلا إذا انعدم النص من القرآن الكريم أو السنة التى صحت عنده .

كما أن تلاميذه رووا عنه مائتين وخمسة عشر حديثا وليس سبعة عشر كما ادعى البعض ، جمعوها فى مسانيد متعددة : كمسند أبى يوسف ومسند محمد بن الحسن ومسند الحسن بن زياد ، كما جمع الخوارزمى - المتوفى عام ٥٦٥ هـ - خمسة عشر مسندا جمعها لأبى حنيفة كبار علماء الحديث ووضعها فى كتاب سماه جامع المسانيد وقد طبع فى مصر عام ١٣٣١ هـ .

المطلب السادس
فى
شيوخه وتلاميذه

أولا شيوخه :

لقد تلقى أبو حنيفة الفقه على عدد كبير جدا من العلماء أمثال : عطاء بن أبى رباح ، وهشام بن عروة ، ونافع مولى ابن عمر . لكن الذى تأثر به وأخذ عنه الكثير هو أستاذه حماد بن أبى سليمان حيث لزمه الإمام ثمانية عشر عاما حتى مات ، فكون لنفسه حلقة درس مستقلة بناء على طلب تلاميذ حماد .

ثانيا تلاميذه :

أشهرهم الأئمة : أبو يوسف ، ومحمد ، وزفر. وإليك نبذه عن كل منهم :

١- أبو يوسف :

نسبه ومولده : هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى ، ولد بالكوفة عام ١١٢ هـ وتوفى بها فى عام ١٨٢ هـ . ويلقب هو وأبو حنيفه بالشيخين .

فقــــهه : تعلم الفقه على يد أبى حنيفه وابن أبى ليلى ولقى الإمام مالكا وناظره وأخذ عنه الحديث والفقه ورجع عن بعض آرائه إلى قول مالك ، وروى عن عطاء بن السائب ، وهشام بن عروة ، وأبى إسحاق الشيبانى .

وقد ولى القضاء لثلاثة من الخلفاء هم : المهدى ، والهادى ، والرشيد ابتداء من عام ١٦٦ هـ حتى توفى رحمه الله . وكان أفقه تلاميذ الإمام وأكثرهم رواية للحديث .

وقد أفاد فقهه فائدة عظيمة وذلك من عدة وجوه منها مايلى :

١- لقد مكنه منصب قاضى القضاة من أن يولى جميع القضاة من الحنفية مما ترتب عليه نشر هذا المذهب انتشارا واسعا .

٢- كما اكتسب من القضاء بعض الخبرات العملية واطلع على بعض شئون الدولة مما أفاده فى نهجه وفكره .

٣- لقد ساعده اتصاله بالمحدثين والرواة على تقوية المذهب بالحديث .

٤- كان أول من صنف الكتب فى المذهب ، وله عدة مؤلفات لم يصلنا منها إلا كتاب الخراج وكتاب الرد على سير الأوزاعى .

٢- محمد بن الحسن :

نسبه ومولده : هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى ، ولد بواسط عام ١٣٢ هـ أثناء سفر والده من الشام إلى العراق .

نشأ بالكوفة وحضر مجلس أبى حنيفة ولكن لفترة قليلة حيث توفى وعمر محمد نحو ثمانى عشرة سنة . ويلقب هو وأبو يوسف بالصاحبين .

فقهـــــه : تلقى الفقه على أبى يوسف ودرسه على الإمام مالك وروى عنه الموطأ ، وكان ذلك سببا فى رجوعه عن بعض آرائه إلى رأى مالك ،

وتقريب شقة الخلاف بين مدرستى الرأى والحديث ، كما أخذ عن الأوزاعى والثورى .

ولما رحل الشافعى إلى العراق لازم محمد بن الحسن وتفقه عليه وجرت بينهما المناظرات التى كان لها أثر كبير فى اجتهاد الشافعى وتأليفه لعلم أصول الفقه .

كتبه : أشهر مؤلفاته كتبه السنة الموجودة الآن فى المكتبات وهى : الجامع الصغير والجامع الكبير ، والسير الصغير والسير الكبير ، والزيادات وكتاب الأصل .

فضله على الفقه الحنفى :

كان له فضل عظيم على فقه أبى حنيفه ذلك أنه :

١- إستطاع أن يطعمه بالحديث وبفقه المدينة لاتصاله بالإمامين مالك والشافعى .

٢- كان من أمهر تلاميذ الإمام تفريعا للمسائل ، كما كان لمؤلفاته الفضل الكبير فى حفظ ذلك التراث الفقهى الهائل .

٣-زفر :

نسبه ومولده : هو زفر بن الهذيل بن قيس ، ولد عام ١١٠ هـ بالبصرة **وتوفى بها عام ١٥٨ هـ ، وكان أبوه واليا عليها .**

فقهه : كان من أمهر تلاميذ الإمام فى القياس مما كان له أثر كبير فى إثراء الفقه الحنفى .

المبحث الثاني
في
المذهب المالكي

ينقسم هذا المبحث إلى سبعة مطالب :-

المطلب الأول : في مولد إمام المذهب ونشأته .

المطلب الثاني : في مكانة الإمام العلمية .

المطلب الثالث : في كتابة الموطأ .

المطلب الرابع : في محنته ومعاملة الخلفاء له .

المطلب الخامس : في أصول مذهبه وطريقته في الإجتهاد .

المطلب السادس : في شيوخ الإمام مالك وأعلام مذهبه .

المطلب السابع : في أهم الكتب المؤلفة في المذهب .

المطلب الأول
في
مولد الإمام ونشأته

ينسب هذا المذهب إلى الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي .

جده الأعلى "أبو عامر" صحابي جليل شهد جميع المشاهد مع الرسول صلى الله عليه وسلم ماعدا غزوة بدر الكبرى .

ولد مالك بالمدينة المنورة عام ٩٣ هـ ولم يرحل منها مطلقا إلا إلى مكة لأداء فريضة الحج ، وهو من تابعي التابعين على الرأي الصحيح .

وقد استهل حياته بطلب العلم فاشتغل به منذ الصغر حيث درسه على علماء المدينة أئمة مدرسة الحديث .

ولما شهد له شيوخه بالحديث والفقه جلس للتدريس والإفتاء وعمره سبع عشرة سنة .

يقول مالك في ذلك : "ما جلست للفتيا والحديث حتى شهد لي سبعون شيخا من أهل العلم أني مرضاة لذلك"

توفي رحمه الله بالمدينة عام ١٧٩ هـ .

المطلب الثانى
فى
مكانته العلمية

لم يكن مالك إمام فى الفقه فحسب، وإنما كان من كبار أئمة الحديث أيضا. فقد أجمع شيوخه وأقرانه ومن جاء بعدهم على إمامته فيه ، والثقة به ، وصدق روايته .

يقول البخارى : "أصح الأسانيد ، مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة "

ويقول أبو داود : "أصح الأسانيد ، مالك عن نافع عن ابن عمر ، ثم مالك عن الزهرى عن سالم عن أبيه ، ثم مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة "

ومما يدل على إمامته فى الحديث أن بعض شيوخه قد رواه عنه كابن شهاب الزهرى وربيعه ويحيى بن سعيد وموسى بن عقبة .

أما إمامته فى الفقه فليست بحاجة إلى دليل ، حيث اشتهر به شهرة فائقة حتى ذاع صيته فى جميع الأقطار الإسلامية وارتحل الناس إليه من كل مكان طلبا للعلم .

وقد شهد له الأئمة بذلك .

فهذا الإمام الشافعى رحمه الله يقول : " مالك حجة الله على خلقه"
ويقول ابن مهدى : "ما رأيت أحدا أتم عقلا ولا أشد تقوى من مالك"
وهذا الليث بن سعد يقول فيه : "مالك عالم تقى علم مالك أمان لمن أخذ به من الأنام"

المطلب الثالث
فى
كتاب الموطأ

أهميته العلمية :

إن أعظم عمل علمى اشتهر به الإمام مالك هو كتابه الموطأ . وقد دون فيه مذهبه بنفسه ، واستغرق حوالى أربعين عاما فى تأليفه وتهذيبه ، وهو كتاب جامع للحديث والفقه معا وإن كان إلى كتب الفقه أقرب . فقد أورد فيه الإمام الأحاديث القوية المروية عن أهل الحجاز ومزجه بأقوال الصحابة وفتاوى التابعين واجتهاداته الخاصة وتفريعاته الفقهية ، مبوبا كل ذلك على أبواب الفقه المختلفة .

وعلى الرغم من غلبة الفقه على هذا الكتاب ، إلا أن له قيمة عظيمة من ناحية الحديث حيث يضم الفا وسبعمائة وعشرين حديثا ، منها ستمائة مسنده ، ومائتان واثنان وعشرون مرسلة ، وستمائة وثلاثة عشر موقوفة .

وقد روى هذا الكتاب روايات متعددة عدها البعض عشرين وعدها آخرون ثلاثين ، ولكن لم يتبق منها إلا رواية يحيى بن يحيى الليثى ورواية محمد بن الحسن .

وتختلف هاتان الروايتان من حيث الأبواب وعدد الأحاديث. لأن مالكا كان كثير التعديل والتغيير فيه، وكان يحذف منه الأحاديث التى لاتصح عنده .

وقد اشتهر هذا الكتاب شهرة فائقة فى زمانه ، حيث قام بنشره الآخذون عنه فى سائر الأقطار الإسلامية .

فنشره أسد بن الفرات فى العراق والقيروان ،ونشره محمد بن الحسن فى العراق ، ونشره يحيى بن يحيى فى الأندلس ، كما قام كل من : ابن وهب ، وابن القاسم ، وابن عبد الحكم وأشهب بنشره فى مصر .

وكان لهذا النشر أثر كبير على الحركة العلمية الدينية .

طريقة تأليف الكتاب :

كان يقوم بجمع الأحاديث المتعلقة بموضوع واحد ثم يشرح عباراتها شرحا فقهيا ويفسر ما تحتويها من ألفاظ لغوية أو عبارات غامضة .

وتارة يذكر عقب الحديث أنه سئل عن كذا فأجاب بكذا ، مستندا لما لديه من أدلة .

وأحيانا يذكر عقب الحديث ما يتفرع عنه من مسائل مبينا حكمها .

وأحيانا ايضا يذكر المسألة وحكمها مؤيدا له بالدليل .

وتارة يذكر رأى علماء المدينة فى المسألة فيقول : "الأمر الذى لا خلاف فيه عندنا كذا"

دواعى تأليفه :

اختلف العلماء حول الأسباب التى حملت الإمام مالكا على القيام بتأليف الموطأ :

فقيل : إن الذى حمله على ذلك ماروواه هو عن نفسه حيث قال : " لقينى أبو جعفر المنصور فى الحج ، فقال : لم يبقى عالم غيرى وغيرك ، أما أنا فقد اشتغلت بالسياسة ، وأما أنت فضع للناس كتابا فى السنة والفقه تجنب فيه رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر وشواذ ابن مسعود ووطئه توطينا" فكانت مشورة هذا الخليفة سببا فى تأليفه لهذا الكتاب .

وقيل : أن ابن الماجشون سبق مالكا وألف كتابا سماه الموطأ ضمنه فقه علماء المدينة دون أن يذكر فيه حديثا واحدا ، فلما اطلع عليه مالك أعجب به وشكر مؤلفه على صنيعه ، إلا أنه قال له : لو كنت أنا لبدأت بالآثار ثم اتبعت ذلك بالكلام على الفقه ، وقد عزم على تنفيذ هذه الفكرة ، فقام بتأليف هذا الكتاب الجامع للحديث والفقه معا ؟

المطلب الرابع
فى
محنته ومعاملة الخلفاء له

لقد عذب الإمام مالك وأهين من بعض الخلفاء وقد اختلف فى سبب ذلك :

فقيل : إفتاؤه بعدم وقوع طلاق المكره ، حيث كان العباسيون يكرهون الناس على الحلف به عند مبايعتهم ، فرأوا أن هذه الفتوى تنقض البيعة .

ويروى أن أبا جعفر المنصور نهاه عن التحدث بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ليس على مستكره طلاق" ، ولكنه لم يأبه لنهيه وكان يحدث به على رءوس الأشهاد ، فضرب بالسياط ومدت يده حتى انفكت كتفه .

وقيل : لما سئل عن جواز الخروج على الحاكم؟ قال : إن كان على مثل عمر بن عبد العزيز، فلا ، فقيل : فإن لم يكن مثله ؟ قال : دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم الله من كليهما . فكانت هذه الفتوى سببا فى محنته .

غير أن الأمور تغيرت بعد ذلك فعامله الخلفاء معاملة طيبة وقربوه منهم.

فهذا المهدى يستشيره فى أمور تتعلق ببناء البيت الحرام ، كما زاره هارون الرشيد فى منزله بعد عودته من الحج ، وطلب منه أبو جعفر المنصور أن يضع كتابا للناس فى السنة والفقه وأراد حمل الناس كلهم عليه ، إلا أن الإمام مالك نفسه رفض ذلك حتى لا يقلده الناس ويتبعوه فى رأى لم يقطع بصوابه .

المطلب الخامس
في
أصول مذهبه وطريقته في الإجتهاد

كان للإمام مالك مسلك خاص في الإجتهاد ، يخالف ما عليه باقي الأئمة ، ويتضح ذلك من الكلام على أهم الأصول التي كان يعتمدها عند الإستنباط وتتمثل فيما يلي :

١- القرآن الكريم : فهو المصدر الأول للتشريع بلا خلاف .

٢- السنة المطهرة : لقد اشترط الإمام مالك للعمل بخبر الآحاد شرطا لم يوافقه أحد من الأئمة عليه ، وهو عدم مخالفته لعمل أهل المدينة . فكان يقدم عملهم عليه ، كما كان يقدمه على القياس أيضا ، لأن هذا العمل بمنزلة روايتهم عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ورواية جماعه عن جماعة أولى بالتقديم من رواية فرد عن فرد .

وكان يستدل بالحديث المرسل ، كما كان عمدته في الحديث مارواه علماء الحجاز .

٣- قول الصحابي : احتج به الإمام مالك إذا كان هذا الصحابي من أعلام الصحابة كالخلفاء الراشدين ، ولم يكن مخالفا للحديث المرفوع ، وكان يقدمه على العمل بالقياس .

٤- المصلحة المرسلة : فقد احتج بها حتى ولو عارضتها مصلحة أخرى مرجوحة ، وقد بنى كثيرا من الفروع الفقهية عليها .

٥- **الإستحسان :** لقد عمل الإمام مالك بالإستحسان المبنى على المصلحة غير أنه كان يسميه استصلاحا .

٦- **سد الذرائع :** لقد استند الإمام مالك إلى هذا الدليل - الذى يقضى بمنع الوسائل المباحة التى يتوصل بها إلى فعل الحرام - فى تحريم كثير من هذه الوسائل على الرغم من أنها مباحة بحسب الأصل .

المطلب السادس
في
شيوخ الإمام وأعلام المذهب

شيوخه :

لقد تعلم الإمام مالك على علماء المدينة المنورة ، وهم أئمة مدرسة الحديث. وقد لازم منهم : أولا عبد الرحمن بن هرمز وصحبه مده طويلة ، وأخذ على نافع مولى بن عمر ، كما تلقى العلم على ابن شهاب الزهرى ، وكان شيخه فى الفقه ربيعه بن عبد الرحمن ، وروى عن هشام بن عروة وعبد الله بن دينار ، ويحيى بن سعيد .

أعلام المذهب :

أولا في مصر :

١- ابن وهب : وهو أبو عبد الله بن وهب بن مسلم بن القرشى ، ولد عام ١٢٥ هـ ، وتوفى عام ١٩٧ هـ .

وقد روى عن الإمام مالك وطبقته ، وتلقى الفقه عليه ، كما تلقاه على الليث بن سعد ، وكان أعلم أصحاب مالك بالسنن ، لذلك فهو يعد من أهم شيوخ البخارى .

٢- ابن القاسم : وهو ابو عبد الله عبد الرحمن بن قاسم ، أطول أصحاب مالك صحبة له ، ولذا فإنه يعد من أفقه أصحابه ، وهو الذى أملى المدونة الكبرى التى هى عماد هذا المذهب . توفى بمصر عام ١٤٠ هـ .

٣- أشهب : وهو أشهب بن عبد العزيز القيس ، ولد عام ١٤٠ هـ ، وتوفى عام ٢٠٤هـ بمصر. انتهت إليه رئاسة المالكية بعد ابن القاسم بمصر.

٤- ابن عبد الحكم : وهو ابو محمد عبد الله بن عبد الحكم ، ولد عام ١٥٥ هـ ،وتوفى بمصر عام ٢١٤ هـ . وتولى رئاسة المالكية بمصر بعد أشهب .

٥- أصبغ : وهو أصبغ بن الفرج ، أخذ فقه مالك عن ابن القاسم وابن وهب وأشهب ، وقد قيل أنه أعلم الناس برأى مالك حيث كان يعرفه مسألة مسألة، وله مؤلفات عدة منها : كتاب الأصول ، توفى عام ٢٢٥ هـ .

٦- ابن المواز : وهو محمد بن زياد الإسكندرى ، وكان المصريون يعولون على قوله . توفى بدمشق عام ٢٦٩ هـ .

ثانيا فى أفريقيا والأندلس :

١- أبو عبد الله : وهو أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن القرطبى ، أول من أدخل موطأ مالك ببلاد الأندلس . توفى عام ١٩٣ هـ .

٢- ابن دينار : وهوعيسى بن دينار الأندلسى ، كان ابن القاسم يجله ويعظمه ، توفى بطليطلة عام ٢١٢ هـ .

٣- ابن كثير : وهو يحيى بن يحيى الليثى ، الذى به وبعيسى انتشر هذا المذهب فى بلاد الأندلس . توفى عام ٢٣٤ هـ .

٤- ابن حبيب : وهو عبد الملك بن حبيب السلمى القرطبى صاحب كتاب الواضحة فى السنن والفقه وغيره من المؤلفات التى اعتمد عليها أهل بلاد الأندلس . توفى عام ٢٣٨ هـ .

٥- سحنون : وهو عبد السلام بن سعيد التنوخى الملقب "بسحنون" صاحب المدونة . توفى عام ٢٤٠ هـ .

ثالثا فى المدينة :

٢٢ابن الماجشون : وهو ابن مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن ٢سلمة الماجشون ، كان من أصحاب مالك فى المدينة ، ومفتيها ، وتفقه عليه كثير من أصحاب مالك وأتباعه . توفى عام ٢١٢ هـ .

المطلب السابع
في
أهم كتب المذهب

لقد دون تلاميذ الإمام المسائل التى أجاب عنها ، وكان أول من قام بهذه المهمة أسد بن الفرات حيث دون أسئلة أخذها عن محمد بن الحسن بالعراق ، ثم أتى إلى مصر ، فسأل عنها عبد الرحمن بن القاسم فأجابه فيها برأى مالك ، ثم قام بنشرها فى القيروان ، فتلقاها عنه سحنون وجاء بها إلى مصر ، فعرضها على ابن القاسم وعدل فى بعض مسائلها.

وقد أعاد سحنون ترتيب معظمها واحتج لبعض مسائلها بالآثار من روايته من موطأابن وهب وغيره ، وحينما عاد بها إلى القيروان عرضها على أسد ابن الفرات فرفض تعديل نسخته على وفاقها فترك الناس مدونته ، واهتموا بمدونة سحنون التى سميت "بالمدونة الكبرى" ، أما مدونة أسد بن الفرات فسميت "بالأسدية" نسبة إليه .

وتبلغ مسائل المدونة ست وثلاثون الف مسألة وهى أساس العلم عند المالكية.

وألف ابن عبد الحكم "المختصر الكبير" وتبلغ مسائله ثمانية عشر ألف مسأله ، "والمختصر الأوسط" وتبلغ مسائله أربعة ألاف مسألة ، "والمختصر الأصغر" وقد قصره على الموطأ وضمنه ألفا ومائتين مسألة .

وألف اصبغ بن الفرج كتاب "الأصول" .

والف ابن عبد الحكم كتاب "أحكام القرآن" وكتاب "الوثائق والشروط" وكتاب "آداب القضاة" ، وكتاب "الدعوى والبينات" .

وألف محمد بن أحمد القرطبى "المستخرجة" وأكثر فيها من الروايات المطروحة والمسائل الشاذة ولذا لم يعتمدها المشارقة وإن لقيت رواجا ببلاد المغرب .

وألف ابن سحنون كتابه المشهور "بالجامع" حيث جمع فنون العلم والفقه.

وألف محمد بن ابراهيم بن عبدوس كتابا سماه "المجموعة" ، ولكنه مات قبل أن يتمه .

ومن أجل الكتب التى ألفت فى العصر الرابع كتاب المبسوط فى الفقه ، وكتاب فى الرد على محمد بن الحسن وعلى أبى حنيفة ، وعلى الشافعى وكلاهما للقاضى إسماعيل بن إسحق ، وكتاب ابن المواز [illegible]

[illegible]

المبحث الثالث
في
المذهب الشافعي

ينقسم هذا المبحث إلى ست مطالب :

المطـــلب الأول : في مولد إمام المذهب ونشأته .

المطلب الثانـــي : في رحلات الإمام الشافعي العلمية .

المطلب الثالـــث : في ثقافة الإمام وميله الفقهي .

المطلب الرابـــع : في أصول مذهبه وطريقته في الاجتهاد .

المطلب الخامس : في كتب الإمام الشافعي .

المطلب السادس : في أصحاب الإمام الشافعي .

المطـــلب الأول
في
مولد إمام المذهب ونشأته

ينسب هذا المذهب إلى الإمام الشافعى ، وهو : أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعى المطلبى .

من بنى عبد المطلب بن عبد مناف وهو الأب الرابع لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، والأب التاسع للإمام الشافعى .

ولد بغزة عام ١٥٠ هـ وحينما توفى والده بعد عامين من مولده ، حملته أمه إلى مكة موطن آبائه ، وفيها حفظ القرآن الكريم ، وقد دفعت به الأقدار إلى قبيلة هذيل بالبادية وكان أهلها من أفصح العرب فحفظ كثيرا من أشعارهم وتعلم اللغة والأدب منهم ، ثم عاد إلى مكة فأخذ الحديث والفقه عن شيخه مسلم بن خالد الزنجى وسفيان بن عيينه ، ثم ارتحل إلى المدينة فحفظ عن مالك كتابه الموطأ ، وتعلم فقهه ولازمه حتى وفاة الإمام مالك .

المطلب الثانى
فى
رحلات الإمام العلمية

لقد سافر الإمام الشافعى إلى اليمن للبحث عن عمل ، وهناك ساعده قاضيها مصعب بن عبد الله القرشى على أن يليه ، وقد ظل مجدا فيه إلى أن اتهم بالتشيع للعلويين ومناوءة هارون الرشيد فقبض عليه ومعه جمع من العلويين ، وسيقوا للمحاكمة أمام الخليفة فى العراق ، ولكن الله سبحانه وتعالى هيأله الفضل بين الربيع حاجب الرشيد فدافع عنه دفاعا شديدا فبرأه الخليفة من التهمة وأخلى سبيله .

وقد استغل فرصة وجوده ببغداد فالتقى بالإمام محمد بن الحسن ، واطلع على كتب الفقهاء ، وأضاف ما استفاده إلى طريقة الحجازيين . ثم عاد إلى مكة فوفد إليه العلماء من سائر الأقطار يتلقون العلم منه ، ويتلقى عنهم ويناظرهم ويناظرونه ، ثم عاد إلى بغداد عام ١٩٥ هـ فانضم إليه جماعة من علماء العراق يتلقون عنه العلم ، وقد أملى عليهم مذهبه القديم فى كتاب سماه "الحجة".

وفى عام ١٩٨ هـ قدم إلى العراق مرة ثالثة وظل فيها لبضعة أشهر فقط ، ثم غادرها إلى مصر ونزل بها ضيفا على عبد الله بن عبد الحكم ، وفيها برزت مواهبه الفقهية ومقدرته الكلامية ، وأملى مذهبه الجديد على تلاميذه فيها فى كتاب سماه "الأم" ، وظل بها حتى توفى عام ٢٠٤ هـ ودفن بمقبرة بنى عبد الحكم بالمسجد المعروف الآن باسمه .

المطلب الثالث
فى
ثقافة الإمام وميله الفقهى

ثقافته :

لقد جمع الإمام الشافعى بين ألوان كثيرة من الثقافة والمعرفة ، حيث حفظ القرآن الكريم ، وتعلم اللغة والأدب ، وحفظ الشعر ، وكان من أكبر حفاظ الحديث وذوى الخبرة به وبرجاله ، كما كان فقيها مجتهدا .

وقد ساعده على ذلك ما يلى :

١- تمتعه بعقلية ناضجة ، وفطنة زائدة ، وسعه إدراكه .

٢- رحلاته العلمية المتعددة ، حيث تعلم طريقة الحجازيين فى مكة والمدينة ، وحفظ الشعر وتعلم اللغة والأدب فى هذيل ، واكتسب طريقة مدرسة الرأى بعدما قابل محمد بن الحسن فى العراق واطلع على الحضارة الموجودة بها ، كما أطلع على كثير من العادات والتقاليد السائدة فى اليمن أثناء عمله بها ، ووقف على عادات وتقاليد وحضارة أهل مصر بعدما استقرله المقام بها .

كما وقف على حديث أهل العراق ومصر واليمن إلى جانب استيعابه لحديث أهل الحجاز .

وقد كان لكل ذلك أثر على اجتهاداته الفقهيه واعتماده الكبير على السنة المطهرة ودفاعه الشديد عنها .

ميله الفقهى :

من أبرز الأعمال الفقهيه التى قام بها الشافعى ما يلى :

١- كون لنفسه مذهبا وسطا بين مدرستى الحديث والرأى .

وذلك بعد أن أمعن النظر فيما تقدمه من مذاهب .

٢- قعد القواعد ووضع القوانين الكلية التى يتبعها المجتهد عند استنباطه للأ[illegible] أنه أول من وضع علم أصول الفقه .

المطلب الرابع
فى
أصول مذهبه وطريقته فى الاجتهاد

يؤخذ من كتاب الرسالة للشافعى ومن فروعه الفقهية أن أهم الأصول التى كان يرجع إليها عند الإستنباط ما يلى :

١- القرآن الكريم : فهو المصدر الأول للتشريع بلا خلاف ، غير أن الشافعى كان يتمسك بظاهره حتى يقوم الدليل على أن المراد به غير ذلك .

٢- السنة المطهرة : فهى المصدر الثانى للتشريع بلا خلاف ، غير أن الشافعى لم يكن يحتج بالحديث المرسل إلا إذا كان من مراسيل سعيد بن المسيب مخالفا بذلك غيره من الأئمة ، وكان يقدم خبر الواحد الصحيح على القياس ، مخالفا بذلك الحنفية ، كما كان يقدمه على أهل المدينة ، مخالفا للإمام مالك ، وأخذ بالحديث المروى عن الحجازين ومن غيرهم متى تأكد من صحته أو حسنه .

٣- الإجماع : فهو المصدر الثالث بالإتفاق ، غير أنه لم يكن يحتج بالإجماع السكوتى ، لاحتمال ألا يكون الساكت قد اجتهد أصلا فى المسألة ، وقال قولته المشهورة : "لا ينسب لساكت قول" .

٤- القياس : فهو المصدر الرابع للتشريع بلا خلاف ، إلا أنه توسط فى العمل به ، ولم يكن يقدمه على حديث الآحاد .

٥- **أقوال الصحابه** : لم يكن يحتج بها الشافعى ، لجواز الخطأ عليهم كغيرهم من المجتهدين .

٦- **الإستحسان** : أنكره الشافعى وهاجم القائلين به ، وقال قولته الشهيرة : "من استحسن فقد شرع" ، كما الف كتابا فى ابطاله ، وإن كان عمل به فى بعض الفروع الفقهية . الأمر الذى جعل العلماء يقولون : "إن الإستحسان الذى أنكره الشافعى ليس هو الإستحسان الذى احتج به غيره" .

٧- **سد الذرائع** : لم يستند إليه الشافعى ولذلك أجاز بيع العينة ولو لم يتوسط طرف ثالث بين البائع والمشترى ، مالم تظهر نية المتعاقدين فى صلب العقد .

٨- **العرف** : اعتد به الشافعى وبنى مذهبه القديم على عرف أهل العراق ، ومذهبه الجديد على عرف أهل مصر .

٩- **الإستصحاب** : كان يعتبره حجة فى الجانب السلبى والجانب الإيجابى ، فتبقى به الحقوق الثابته ، وتثبت به الحقوق الجديدة .

المطلب الخامس
فى
كتب الإمام

أهم كتب الإمام الشافعى : الرسالة والأم . فالأول رواه عنه تلميذه الربيع المرادى ، وقد ضمنه قواعد للإجتهاد وقوانين للإستنباط . وتكلم فيه عن الناسخ والمنسوخ والعام والخاص فى القرآن الكريم كما تكلم عن الناسخ والمنسوخ فى السنة ، وعن الإجماع وعن القياس والإجتهاد ، كما نقد الإستحسان ورد على من قال بحجته .

أما كتاب الأم فقد رواه كل من : الربيع المرادى وأبو يعقوب البويطى .

وقد اختلف العلماء حول هذا الكتاب هل هو من تأليف الشافعى أم من تأليف البويطى ؟

والظاهر أن الشافعى أملاه على تلاميذه فكتبوه ثم قاموا بالتعليق عليه .

ويقع هذا الكتاب فى سبعة أجزاء وقد رتب وبوب على حسب أبواب الفقه ، كما احتوى بعض فصول من علم الأصول ، كالذى كتبه الشافعى فى إبطال الإستحسان .

ويمثل هذا الكتاب اجتهاده الذى غيره تبعا لتغير العرف فى مصر المسمى بالمذهب الجديد .

المطلب السادس
فى
أصحاب الإمام

أولا من العراق :

١- الزعفرانى : وهو الحسن بن محمد بن الصباح الزعفرانى ، أثبت رواة مذهب الشافعى القديم ، ومن كبار المحدثين ، وأحد شيوخ البخارى وغيره من أئمة الحديث ماعدا الإمام مسلم . توفى عام ٢٦٠ هـ .

٢- الكرابيس : وهو أبو على الحسين بن على الكرابيس ، توفى عام ٢٤٥ هـ

هذا بالإضافة إلى التلاميذ الذين استقلوا عنه وكونوا لأنفسهم مذاهب مستقلة كأبى ثور وأحمد بن حنبل .

ثانيا من مصر :

١- المزنى : وهو أبو ابراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى ، ولد عام ١٧٥ هـ ، ويعد من المجتهدين اجتهادا مطلقا ، لمخالفته لإمامه فى بعض الإختيارات ، ويحول الشافعية على كتابه المختصر الصغير ، وله كتابان آخران هما : الجامع الصغير والجامع الكبير . توفى عام ٢٦٤ هـ .

٢- **البويطي** : وهو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي ، من أكبر أصحاب الشافعي وقد خلفه في حلقته بعد وفاته ، صنف مختصرا في الفقه وقرأه على الشافعي ، وقد وشي به أيام محنة القول بخلق القرآن فحمل إلى بغداد مع جماعة ، وطلب منه تأييد هذا القول فأبى ، فحبس حتى مات ببغداد عام ٢٣١ هـ .

٣- **الربيع المرادي** : وهو أبو محمد الربيع بن سليمان المرادي ، كان مؤذنا للجامع العتيق وخادما للشافعي ، وراوي كتابه الأم وغيره ، وأثبت أصحابه في نقل كتبه وحفظها عنه مع أنه لم يكن فقيها ، ولذا عول الشافعيه على روايته ، وقد توفي - رحمه الله - عام ٢٧٠ هـ .

٤- **حرمله** : وهو أبو حفص حرمله بن يحيى المصري ، صاحب كتاب المبسوط وكتاب المختصر ، وقد توفي عام ٢٦٤ هـ .

٥- **يونس بن عبد الأعلى** : المتوفى عام ٢٦٤ هـ .

المبحث الرابع
فى
المذهب الحنبلى

ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول : فى مولد إمام المذهب ونشأته .

المطلب الثانى : فى محنة الإمام أحمد وتعذيبه .

المطلب الثالث : فى أصول مذهبه وطريقته فى الإجتهاد .

المطلب الرابع : فى كتب المذهب .

المطلب الأول
في
مولد إمام المذهب ونشأته

ينسب هذا المذهب إلى الإمام أحمد بن حنبل . وهو أحمد بن حنبل بن هلال الذهلي الشيباني المروزي البغدادي .
ولد عام ١٦٤ هـ ، ومات والده وهو طفل فوجهته أمه وجهة دينية ، فاشتغل في بداية الأمر بالحديث فسمعه من كبار المحدثين ، وروى عنه الإمامان : البخاري ومسلم ، وطبقة كل منهما ، واستكثر من حفظ الحديث حتى صار إمام أهل الحديث في عصره .

وحفظ القرآن الكريم وتعلم اللغة العربية ، والتقى بالشافعي في بلاد الحجاز فدرس عليه الفقه وأصوله وطرق استنباطه، وصحبه ولازمه فترة حين قدم إلى بغداد فأخذ عنه الفقه أيضا ، وكان من أكبر تلاميذه البغداديين حتى عده الشافعية أنه شافعي ، ثم استقل عنه وكون لنفسه مذهبا مستقلا .
وقد توفي عام ٢٤١ هـ ببغداد .

المطلب الثانى
فى
محنة الإمام وتعذيبه

فى عام ٢١٨ هـ أثار الخليفة المأمون مسألة خلق القرآن الكريم ، وهل هو قديم أم حادث؟ وكان هذا الخليفة يرى أنه حادث متشيعا برأى المعتزلة ، وقد وافقه كثير من أهل الحديث . إلا أن الإمام أحمد كان يرى أنه قديم وليس بحادث ، فضرب وحبس حتى يرجع عن رأيه إلا أنه لم يتزحزح عنه وظل صابرا محتسبا حتى انكشفت هذه الغمة عنه .

ولما جاء الخليفة المتوكل أكرمه وبسط له الدنيا فلم يركن إليها ، وقد أبطل هذا الخليفة هذه الدعوى عام ٢٣٣ هـ وترك للناس حرية العقيدة .

المطلب الثالث
فى
أصول مذهبه وطريقته فى الإجتهاد

لم يشتهر الإمام أحمد بالفتيا ، ولم يكتب فى الفقه إلا ما أجاب به عن المسائل التى وجهت إليه ، وكان يكره الإفتاء فيما لم يرد فيه أثر ، وقد روى أنه نهى أصحابه عن الكتابة فى الفقه مخافة الإنصراف عن الحديث .

وقد بنى فتاويه على الأصول الآتية :

١- القرآن الكريم : فهو المصدر الأول للتشريع بالإتفاق .

٢- السنة المطهرة : فهى المصدر الثانى بلا خلاف ، غير أن الإمام أحمد كان يعمل بالحديث المرفوع ، ويقدمه على سائر الأدلة الأخرى ، كما كان يعمل بالحديث المرسل والحديث الضعيف ويقدمه على العمل بالقياس .

٣- الإجماع : فهو المصدر الثالث للتشريع بلا خلاف .

٤- فتاوى الصحابة : كان يتخير أقربها إلى الكتاب والسنة ، ولا يخرج عنها كلها ، فإن لم يتبين له موافقة أحدهما ، حكى خلافه ولم يجزم بقول .

٥- القياس : فكان يستخدمه عند الضرورة القصوى ، أى إذا لم يوجد فى المسألة أى دليل من الأدلة السابقة .

المطلب الرابع
في
كتب المذهب

أهم ماتركه الإمام أحمد كتابه المسند وهو كتاب حديث لا فقه ، ويحتوى على نيف وأربعين ألف حديث ، وهو من الأصول المعول عليها فيه ، وله فى الأصول : "كتاب طاعة الرسول" ، "وكتاب الناسخ والمنسوخ" ، "وكتاب العلل" .

أما الفقه فلم يؤثر عنه أنه ألف فيه ، وإنما رويت عنه أجوبة عن استفتاءات دونها تلاميذه .

أما الكتب التى ألفها أصحابه فهى :

١- كتاب السنن فى الفقه على مذهب أحمد : لأبى بكر الأثرم .

٢- كتاب السنن بشواهد الحديث : لأحمد بن الحجاج المروزى .

٣- كتاب الجامع : لأبى بكر الخلال ، وله ايضا مصنفات كثيرة فى الفقه على مذهب أحمد .

كما أن للحنابلة بصفة عامة كتبا كثيرة تكاد تفوق الحصر .

المبحث الخامس
فى
مذاهب الشيعة

ذكرنا أن الشيعة هم الذين شايعوا على بن أبى طالب وناصروه وآزروه هو وآله من بعده .

وهؤلاء لهم مبادىء سياسية وأخرى تشريعية لتأييد الأولى ، كما أنهم ليسوا فرقة واحدة وإنما فرق متعددة وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول : فى مبادىء الشيعه .

المطلب الثانى : فى فرق الشيعه .

المطلب الأول
فى
مبادىء الشيعه

ذكرنا أن لهم مبادىء سياسية وأخرى تشريعية وإليك نبذة عن هذه المبادىء:-

أولاً : المبادىء السياسية :-

١- إن الخلافة - بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم - ميراث أدبى لعلى بن أبى طالب هو وآله من بعده . لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أوصى له بها ، لذلك أطلقوا عليه وصى رسول الله .

٢- إن كل خليفة يجب عليه يوصى بمن يخلفه ، فالإمامة فى نظرهم ركن من أركان الدين لا يجوز لنبى أو خليفة إغفالها ولا تفويض أمرها للأمة .

٣- إن من يوصى له بالخلافة معصوم من الخطأ .

٤- رفعوا منزلة على بن أبى طالب من الخلق بعد منزلة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٥- إن علياً ومن يخلفه من آل بيته أوتوا علم الظاهر والباطن .

وقد أيدوا كلامهم بنصوص أولوها ، بل إن أغلبها موضوع أو مطعون فى طريقه .

ثانياً : المبادىء التشريعية :-

١- عدم القول بحجية الإجماع . لأنه يلزم من الأخذ به الأخذ بأقوال غيرهم وهو مرفوض تماماً عندهم .

٢- عدم الإحتجاج بالقياس ، لأن لله في كل مسألة حكماً معيناً عرف للرسول صلى الله عليه وسلم وللأئمة الموصى لهم بالإمامة لعصمتهم من الخطأ ،غير أن بعضهم لجأ إليه عند إنعدام النص في المسألة .

٣- ردوا كل ما ورد عن غيرهم من أحاديث ، وأصول ، وفروع ، وأحكام وإقتصروا على كل ما ورد عن أهل البيت فقط .

المطلب الثانى
فى
فرق الشيعة

لقد إنقسم الشيعة بسبب الخلافة إلى عدة فرق أهمها : الزيدية ، والإمامية ، والإسماعيلية . وإليك نبذة عن كل هذه الفرق :-

أولاً : الزيدية

أ- سبب التسمية :- لقد سموا بهذا الاسم لأنهم كانوا يرون أن الخلافة فى زمنهم لزيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب .

ب- أهم مبادئهم السياسية :-

١- جواز إمامة المفضول مع وجود الأفضل . لذلك فإن علياً وإن فضل من سبقه ، إلا أن إمامتهم صحيحة .

٢- الإمامة ليست بالنص وإنما بالوصف ، فهى لكل فاطمى ، مجتهد ، شجاع فى الحق ، زاهد ، يخرج على السلطان مطالباً بالخلافة .

جـ- أهم مبادئهم التشريعية :-

إن مذهب الزيدية هو أعدل مذاهب الشيعة وأقربها إلى مذاهب أهل السنة وخاصة المذهب الحنفى . إلا أنهم خالفوا أهل السنة فى كثير من الفروع الفقهية وإليك بعضاً منها :-

١- **قالوا** : بحرمة أكل ذبيحة غير المسلم ، كتابياً كان أو غير كتابى ، أما أهل السنة فيجيزون أكل ذبيحة الكتابى فقط .

٢- **قالوا** : بعدم جواز المسح على الخفين ، أما أهل السنة فيجيزون ذلك.

٣- **قالوا** : بعدم جواز نكاح الكتابية ، أما أهل السنة فقالوا : بجواز نكاحها .

د- موطنهم:-

إن موطنهم الآن هو اليمن حيث أسس يحيى بن الحسين حفيد القاسم الرسى حكومة الزيدية فى **اليمن** عام ٢٨٨هـ وكان هو إمام صنعاء الأول .

ثانياً : الإمامية " الجعفرية "

أ- سبب التسمية :- **لقد سموا بالإمامية الإثنا عشرية**لأنهم حصروا الإمامة فى إثنى عشر إماماً فقط هم :-

١- على بن أبى طالب .

٢- الحسن .

٣- الحسين .

٤- زين العابدين .

٥- محمد الباقر .

٦- جعفر الصادق بن محمد الباقر .

٧- موسى بن جعفر .

٨- على بن موسى الرضا .

٩- محمد التقى .

١٠- على النقى .

١١- الحسن العسكرى الزكى .

١٢- محمد المهدى . وهو آخر الأئمة ، وهؤلاء يعتقدون بأنه لم يمت وإنما إختفى حتى آخر الزمان ، ثم يعود فيملأ الأرض عدلاً بعد أن ملئت جوراً ، لذلك سموه بالمهدى المنتظر . ويرون أن علماءهم نواب عنه فى غيبته .

ويسمون بالجعفرية أيضاً نسبة إلى الإمام جعفر الصادق .

ب- إختلاف نظرة الإمامية عن نظرة الزيدية للإمامة :-

على الرغم من إتفاق الفرقتين على القول بالإمامة ، إلا أنهما يختلفان بشأنها .

فبينما يرى الزيدية أنها لا تقف عند عدد معين من الأئمة ، وأن الإمام يعرف بالوصف ، نجد الإمامية يحصرون الإمامة فى إثنى عشر إماماً فقط .

جـ- أهم مبادئهم التشريعية :-

يختلف الإمامية عن أهل السنة فى كثير من المبادىء التشريعية وأهم هذه المبادىء ما يلى :-

١- إن الكذب على الرسول صلى الله عليه وسلم مبطل للصيام ويجب فيه القضاء والكفارة .

٢- لا ينعقد العقد بغير اللغة العربية للقادر عليها .

٣- وقت الإفطار هو زوال الحمرة المشرقية وليس غياب الشمس ، فهم يتأخرون بعض الوقت فى الإفطار عن أهل السنة .

٤- عدم وقوع الطلاق إذا لم يكن أمام شهود .

٥- وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة فقط لا ثلاث .

٦- عدم جواز الزواج من الكتابية .

٧- ليس للرضاع مدة محددة عندهم ، وإنما يتعلق التحريم برضاع الكبير والصغير ، كما أن الرضاع المحرم للزواج هو خمس عشرة رضعة ، متواليات من إمرأة واحدة ، ومن لبن زوج واحد لا يفصل بينها رضاع آخر .

٨- صحة زواج المتعة ، وترتيب بعض أحكام الزاوج عليه .

د- موطنهم :-

هؤلاء متواجدون الأن فى دول متعددة منها : الكويت ، وايران، والعراق ، وسوريا ، ولبنان ، وقطر .

ثالثاً : الإسماعيلية

أ- سبب التسمية : - الإسماعيلية فريق من الإمامية إلا أنهم سموا بهذا الإسم لأنهم جعلوا الإمامة من بعد جعفر الصادق لإبنه إسماعيل وهكذا حتى عبدالله المهدى مؤسس دولة العبيديين ، والذى أسس بنوه دولة الفاطميين بمصر ، بينما يرى الآخرون أنها للإبن الآخر موسى الكاظم جد محمد المهدى .

ب- أهم مبادئهم :-

١- يشككون فى كثير من مسائل الدين ، كرمى الجمرات والسعى بين الصفا والمروة .

٢- إن التكاليف والشعائر الدينية لعامة الناس ، دون الخاصة منهم .

٣- إن للقرآن ظاهراً وباطناً ولا معنى للأخذ بحرفيته ، وإنما يجب فهمه كله بطريقة التأويل فى معانيه . ولذلك سموا بالباطنية أيضاً .

المبحث السادس
فى
الخوارج

ذكرنا ان الخوارج هم الذين خرجوا على على بن أبى طالب لما قبل التحكيم بينه وبين معاوية ، وهؤلاء لهم مبادىء سياسية وأخرى تشريعية ، كما أنهم ليسوا فرقة واحدة وإنما فرق متعددة ، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول : فى مبادىء الخوارج .

المطلب الثانى : فى فرق الخوارج .

المطلب الأول
فى
مبادىء الخوارج

ذكرنا أن لهم مبادىء سياسية وأخرى تشريعية وإليك نبذة عن هذه المبادىء :-

أولاً :- المبادىء السياسية :-

١- إن الخروج على المنكر والظلم أمر واجب على كل فرد قولاً وعملاً .

٢- إن السلطان حق من حقوق الله ، فليس لأى فرد حق شخصى فيه حتى يتملكه ثم يورث عنه .

٣- إن الحكم مادام تحت سلطان الدين ، فإنه إذا ما تصادم الدين مع الحكام إنحازوا إلى جانب الدين وخرجوا على الحكام .

٤- إن العمل بأوامر الدين جزء من الإيمان ، فمن لم يعمل بفرائضه يكون كافراً

٥- إن الخلافة يجب أن تكون نتيجة إنتخاب حر من المسلمين حتى ولو كان المنتخب عبداً ، كما أنها تتعدد بتعدد الديار ، ولا يجوز للخليفة التنازل عن الخلافة ، وإذا انحرف وجب على المسلمين عزله .

ثانياً : المبادىء التشريعية :-

١- إن الطهارة الواجبة للصلاة ليست طهارة البدن فحسب وإنما تشمل أيضاً طهارة النفس من الحقد ، وطهارة اللسان من الكذب والقول الباطل الذى يضر بالغير .

٢- إن حد الزنا للمحصن وغيره هو الجلد مائة جلدة لعموم قوله تعالى: ﴿ **الزانية والزانى فإجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾ ولم يخصصوا هذا العموم بالسنة المطهرة . كما يرى أهل السنة .

٣- قصروا تحريم الزواج بالرضاع على من نصت عليهم الآية الكريمة فقط وهى قوله تعالى ﴿ **وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وإخواتكم من الرضاعة** ﴾ .

٤- أجازوا الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها والعكس ، ولم يأخذوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " **لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على إبنة اخيها أو إبنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن** " .

٥- إن القتل ليس مانعاً من الميراث لعموم قوله تعالى ﴿ **يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾ ولم يخصصوا هذا العموم بالسنة المطهرة كما هو الحال عند أهل السنة .

٦- أجازوا الوصية بكل المال مستدلين بإطلاق الآيات الكريمة التى تدل على مشروعيتها ومنها قوله تعالى ﴿ **من بعد وصية يوصى بها أو دين** ﴾ .

ولم يقيدوا هذه الآيات بالسنة المطهرة مثلما يذهب أهل السنة .

٧- القول بالوصية الواجبة إستدلالاً بقوله تعالى ﴿ **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين** ﴾ .

٨- جواز الوصية لوارث فى حدود ثلث التركة .

٩- إسقاط حق الشفعة بتنازل الشفيع عنها حتى ولو كان هذا التنازل قبل بيع العقار المشفوع فيه .

١٠- عدم جواز طلب الشفعة إذا كان البيع من الإبن لأبيه أو العكس ، أو من الزوج للزوجة أو العكس :

المطلب الثانى
فى
فرق الخوارج

إن الخوارج ليسوا فرقة واحدة وإنما فرق متعددة هى :-

١- الأزارقة وهم : أصحاب نافع بن الأزرق .

٢- النجدية وهم : أصحاب نجدة بن عامر .

٣- الصفرية وهم : أصحاب عبد الله بن صفار .

٤- الإباضية وهم أشهر فرق الخوارج .

وقد سموا بهذا الإسم نسبة إلى عبد الله بن إياض التميمى لأنه كثيراً ما كاتب عبد الملك بن مروان منتقداً مسلك الأمويين فى إغتصاب الخلافة ، وقد توفى بالبصرة عام ٨٥ أو ٨٦ هـ .

وكانت البصرة أولى المدن التى نشأ فيها هذا المذهب فى منتصف القرن الأول الهجرى ، أما الآن فأتباعه يعيشون فى سلطنة عمان وشمال أفريقيا .

الفصل الثانى
فى
أسباب إختلاف الفقهاء

لم يكن إختلاف الفقهاء فى أصل من أصول الدين ، وإنما كان فى بعض الفروع الفقهية ويرجع ذلك للأسباب التالية :-

أولاً : نفس الأسباب التى أدت إلى إختلاف الصحابة وقد تكلمنا عنها .

ثانياً : إختلافهم حول النظر إلى النزعة التشريعية .

يقصد بهذه النزعة : عدم الوقوف عند ظاهر النص ، وإنما ينظر إلى علة الحكم ومقاصد الشريعة .

فعلماء مدرسة الراى لا يقفون عند ظاهر النص ، وإنما أمعنوا النظر فى علة الحكم وغرض الشارع من تشريعه ، لذلك توسعوا فى الاجتهاد بالرأى .

أما علماء مدرسة الحديث فوقفوا عند ظاهرة ولم يبحثوا عن علة الحكم ، لذلك كانوا يتحرجون من الإجتهاد بالرأى ولا يلجأون إليه إلا عند الضرورة.

ومن أمثلة ذلك ما يلى :-

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم فى نصاب زكاة الغنم : " إن فى كل أربعين شاة شاة " .

فعلماء مدرسة الراى لم يقفوا عند ظاهر النص وإنما نظروا إلى علة الحكم ومقصد الشارع الحكيم وهو نفع الفقير بالزكاة والفقير كما ينتفع بعين الشاة ينتفع أيضاً بقيمتها .

لذلك قالوا : يجوز إخراج عين الشاه أو القيمة .

أما علماء مدرسة الحديث فيقفون عند ظاهر النص . لذلك قالوا : يجب إخراج عين الشاه ولا تجزىء القيمة .

٢- قوله صلى الله عليه وسلم أيضاً فى صدقة الفطر : " إن صدقة الفطر صاع من تمر أو شعير " .

فعلماء مدرسة الرأى نظروا إلى علة الحكم وهى نفع الفقير لذلك قالوا : تجزىء القيمة أيضاً ، لأنه كما ينتفع بعين الصاع ينتفع أيضاً بقيمته .

أما علماء مدرسة الحديث فوقفوا عند ظاهر النص وقالوا : لا يجوز إخراج القيمة وإنما الواجب هو : عين الصاع وهكذا فى باقى النصوص .

ويرجع إختلافهم حول النظر إلى النزعة التشريعية إلى الأسباب التى أدت إلى وجود مدرسة الرأى فى العراق ، ووجود مدرسة الحديث فى بلاد الحجاز وقد سبقت .

ثالثاً : إختلافهم فى تقدير بعض المصادر التشريعية :-

ذكرنا أن الفقهاء إختلفوا فى تقديرهم لبعض المصادر التشريعية كإختلافهم فى طريق الوثوق بالسنة ، وإختلافهم فى حجية الإجماع السكوتى ، وإختلافهم فى الإحتجاج بقول الصحابى وهكذا . وقد أدى ذلك إلى إختلافهم فى الأحكام .

رابعاً : إختلافهم فى بعض المبادىء اللغوية المطبقة فى فهم النصوص .

وموضوع ذلك علم أصول الفقه ففيه المزيد لمن يريد .

الباب الرابع

فى

مصادر الفقه الإسلامى

تمهيد وتقسيم :

مصادر الفقه الإسلامى إما أن تكون نقلية ، وإما أن تكون عقلية ، فالنقلية هى : ما كان للنقل دخل فى أيجادها ، اما العقل فلا دخل له فى ذلك ، وإنما يقتصر دوره على إعمال الفكر والنظر فيها لأخذ الأحكام منها .

وهذه الأدلة منها :

الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، وقول الصحابى ، والعرف، وشرع من قبلنا.

أما الأدلة العقلية فهى : ماكان للعقل دخل فى أيجادها وتكوينها . وذلك كالقياس فهذا الدليل يوجد عن طريق العقل وليس عن طريق النقل .

وهذا التقسيم بالنظر إلى الأدلة فى حد ذاتها ، أما بالنظر إليها حينما يستدل بها على الأحكام فإننا نجد أن كلا من القسمين لا يستغنى عن الآخر .

فالأدلة النقلية تحتاج إلى إعمال الفكر وتدخل العقل ليستنبط منها الأحكام .

والأدلة العقلية لا يكون لها اعتبار فى نظر الشارع إلا إذا كانت مستندة إلى الشرع .

هذا وسوف نقسم هذا الباب إلى أحد عشر فصلا :

الفصل الأول : فى الكتاب الكريم .

الفصل الثانى : فى السنة المطهرة .

الفصل الثالث : فى الإجماع .

الفصل الرابع : فى القياس .

الفصل الخامس : فى قول الصحابى .

الفصل السادس : فى المصالح المرسلة .

الفصل السابع : فى الاستحسان .

الفصل الثامن : فى العرف .

الفصل التاسع : فى الشرائع السابقة .

الفصل العاشر : فى سد الذرائع .

الفصل الحادى عشر : فى الاستصحاب .

الفصل الأول

فى

الكتاب الكريم

سوف نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : فى تعريف الكتاب وبيان أحكامه .

المبحث الثانى : فى خصائص الكتاب الكريم .

المبحث الثالث : فى اعجاز الكتاب ووجوه هذا الإعجاز .

المبحث الرابع : فى حجية الكتاب ودلالته على الأحكام .

المبحث الأول
في
تعريف الكتاب وبيان أحكامه

أولا تعريفه :

الكتاب الكريم غني عن التعريف إلا أنه جرت عادة علماء الأصول بأن يعرفوه تعريفا يوضح خصائصه التي تميزه عن غيره ، فيعرفوه بأنه : مابين دفتي المصحف من كلام الله عز وجل الذي أنزله على محمد صلى الله عليه وسلم باللفظ العربي ، والمنقول إلينا بالتواتر المفيد للقطع واليقين بصحة نقله وثبوته .

ثانيا أحكامه :

للقرآن الكريم أحكام تميزه عن غيره منها ما يلي :

١- أنه لا تصح الصلاة إلا به .

٢- أن منكره جملة أو تفصيلا يكون كافرا .

٣- أن قراءته في تدبر وخشوع تعتبر قربة وعبادة يثاب عليها المسلم .

المبحث الثاني
في
خصائص الكتاب الكريم

من التعريف السابق للكتاب الكريم يتضح أنه يتميز بالخصائص الآتية :

١- أن لفظه ومعناه من عند الله عز وجل ، وما على الرسول صلى الله عليه وسلم إلا تبليغه للناس كما نزل عليه على لسان جبريل عليه السلام، ولهذا لا تجوز روايته بالمعنى مطلقا أي لا يجوز إحلال حرف مكان حرف ولا إبدال لفظ مكان لفظ حتى ولو أدى نفس المعنى وهذا باتفاق العلماء .

الفرق بينه وبين الحديث :

يتميز القرآن الكريم عن الحديث سواء أكان قدسيا أم نبويا بأن القرآن الكريم لفظه ومعناه من عند الله عز وجل - كما ذكرنا - أما الحديث بنوعيه فألفاظه من عند الرسول صلى الله عليه وسلم أما معناه فمن عند الله عز وجل .

يقول المولى سبحانه وتعالى : ﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى﴾ .

الفرق بين الحديث القدسى والحديث النبوى :

ذكرنا أنهما يتفقان فى أن ألفاظ كل منهما من عند الرسول صلى الله عليه وسلم والمعنى من عند الله عز وجل ، غير أنهما يختلفان فى أن الرسول صلى الله عليه وسلم ينسب الحديث القدسى إلى الذات العلية المقدسة .

أما الحديث النبوى فينسبه إلى نفسه صلى الله عليه وسلم .

□ ومثال الحديث القدسى قوله صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن رب العزة: **"قال الله عز وجل أنا الرحمن وهذه الرحم شققت لها إسما من إسمى فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته"**

□ ومثال الحديث النبوى قوله صلى الله عليه وسلم : **"الراحمون يرحمهم الرحمن ، ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء"**

ما ينبنى على هذه الخاصية :

يترتب على هذه الخاصية ما يلى :

أ- أن تفسير القرآن الكريم لا يعتبر قرآنا مطلقا ولا يأخذ حكمه ، لأن ألفاظ التفسير من عند المفسرين وليست من عند الله عز وجل .

ب- وأنه لا تجوز رواية القرآن الكريم بالمعنى مطلقا كما ذكرنا .

□ ٢- الخاصية الثانية : أنه منزل على محمد صلى الله عليه وسلم باللغة العربية يدل على ذلك ما يلى :-

أ- قول الله عز وجل : **﴿كتاب فصلت آياته قرآنا عربيا لقوم يعلمون﴾**

ب- وقوله سبحانه وتعالى : ﴿انا جعلناه قرآنا عربيا لعلكم تعقلون﴾

ما ينبنى على هذه الخاصية :

يترتب على هذه الخاصية ما يلى :

أ- خروج الكتب السماوية الأخرى كالتوراه والإنجيل ، فإن كلاهما لم ينزل على محمد صلى الله عليه وسلم وإنما نزل الأول على موسى والثانى على عيسى ، كما أن كلا منهما لم ينزل باللغة العربية .

ب- لا تسمى ترجمة القرآن إلى لغة أخرى قرآنا ولا تثبت لها أحكامه . لأنه يستحيل ترجمته بمعانيه البلاغية ترجمة دقيقة ، كما أن احتمال الخطأ من المترجمين قائم وموجود .

ج – لا تصح الصلاة بغير اللغة العربية للقادر عليها . لأن الله عز وجل أمرنا بقراءة قدر منه فقال عز من قائل : ﴿فاقرءوا ما تيسر منه﴾ والمقروء بغير اللغة العربية لا يسمى قرآنا فلا تجوز به الصلاة .

أما العاجز عن القراءة باللغة العربية فقد اختلف الفقهاء بشأنه والراجح أنه يصلى ساكتا مستحضرا معنى العبادة والطاعة حتى يمكنه القراءة بالعربية وذلك كالعاجز عن القيام فإنه يصلى قاعدا حتى يقدر عليه .

ويجب على هذا المسلم أن يتعلم العربية حتى يستطيع قراءة القرآن وحفظ قدر منه يصح به صلاته .

📖 ٣- **أما الخاصية الثالثة : فهي أنه نقل إلينا عن طريق التواتر حفظا وكتابة، وهو رواية جماعة عن جماعة يستحيل بحسب العادة تواطؤهم على الكذب نظرا لكثرة عددهم وتباين أمكنتهم، فمنذ نزول القرآن وحتى يومنا هذا، وهو ينقل من جماعة إلى أخرى، ومن عصر إلى عصر ، ومن بلد إلى آخر، دون أن يصيبه التبديل أو التحريف ، وما ذلك إلا لأن الله عز وجل قد تكفل بحفظه فقال تعالى :﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾.**

ما ينبني على هذه الخاصية :

وينبنى على هذه الخاصية أن القراءة غير المتواترة لا تسمى قرآنا ولا تأخذه حكمه باتفاق العلماء .

ومن أمثلتها قراءة الصحابى الجليل عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فى مصحفه : "فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعات" بزيادة لفظ متتابعات ، إلا أنهم أختلفوا فى استنباط الأحكام منها والإحتجاج بها ولهم فى ذلك إتجاهان :

الإتجاه الأول : ذهب الأحناف إلى جواز الاحتجاج بها واستنباط الأحكام منها ، لأن الصحابى نقلها عن الرسول صلى الله عليه وسلم فتكون بمنزلة السنة الثابته عنه صلى الله عليه وسلم ، والسنة يحتج بها بالإتفاق .

وقد تكون هذه القراءة رأيا لراويها قاله اجتهادا من عنده ورأى الصحابى حجة عند البعض .

الإتجاه الثاني : وذهب الجمهور إلى عدم جواز الإحتجاج بها ، ذلك لأنها ليست قرآنا بالإتفاق ، كما أنها ليست سنة أيضا ، لأن راويها لم ينقلها على [illegible] أنها قرآن .

وإذا لم تكن قرآنا ولا سنة فإنها تحتمل أن تكون مذهبا لراويها ومذهب الصحابى ليس بحجه .

وقد ترتب على هذا الخلاف أن اختلفوا فى بعض الفروع الفقهية كاختلافهم فى اشتراط التتابع فى الصيام الواجب فى كفارة اليمين .

فالحنفية اشترطوه عملا بقراءة ابن مسعود السابقة ، ولم يشترط الجمهور لعدم احتجاجهم بها .

المبحث الثالث
فى
إعجاز الكتاب ووجوه هذا الإعجاز

إن الدليل القاطع على أن القرآن من عند الله عز وجل هو إعجازه البشر عن الاتيان بمثله أو حتى بسورة من مثله وذلك لاشتماله عن أمور خارجة عن قدرتهم .

ووجوه هذا الإعجاز كثيرة منها مايلى :

(1)- بلاغته وفصاحته ، وسهولة حفظه وخفته على اللسان ، واشتماله على أساليب متعددة تختلف باختلاف المقامات والأحوال .

فالآيات التى نزلت بمكة قصيرة (تصدع الوجدان)؛ أما التى نزلت فى المدينة فطويلة مسهبة لبيان الأحكام ، يشتد فى موضع التخويف والترهيب ، ويلين ويرق فى موضع الترغيب .

فمن الأول قوله تعالى : ﴿خذوه فغلوه ثم الجحيم صلوه ثم فى سلسلة ذرعها سبعون ذراعا فاسلكوه ، إنه كان لا يؤمن بالله العظيم ولا يحض على طعام المسكين فليس له اليوم ههنا حميم ، ولا طعام إلا من غسلين، لا يأكله إلا الخاطئون﴾

ومن الثانى قوله تعالى : ﴿والسابقون السابقون أولئك المقربون فى جنات النعيم، ثلة من الأولين وقليل من الآخرين، على سرر موضونه، متكئين عليها متقابلين يطوف عليهم ولدان مخلدون، بأكواب وأباريق وكأس من معين ، لا يصدعون عنها ولا ينزفون، وفاكهة مما يتخيرون ،

ولحم طير مما يشتهون ، وحور عين ، كأمثال اللؤلؤ المكنـون ، جزاء بما كانوا يعملون﴾

② - إخباره بأحداث وقصص حصلت في القرون السابقة على الإسلام ، فقد حكى لنا القرآن الكريم أخبار عاد وثمود وقوم لوط ، وموسى وفرعون ، وشعيب ، وصالح ، وهود ، ونوح وغيرهم .

وكانت هذه الأخبار تتفق مع المنقول في الكتب السماوية السابقة التي لم تحرف ، كما أنها تتفق مع أخبار التاريخ .

ولايمكن أن تكون هذه الأخبار من عند محمد صلى الله عليه وسلم ، لأنه كان أميا لا يقرأ ولا يكتب يقول الله تعالى : ﴿وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذاً لا أرتاب المبطلون﴾

وقال أيضا : ﴿تلك من أنباء الغيب نوحيها إليك ماكنت تعلمها أنت ولا قومك من قبل هذا فاصبر إن العاقبة للمتقين﴾

③- إخباره بأمور مستقبلة جاءت كما أخبر .

من ذلك ما يلي :

أ- وعد الله المؤمنين بالنصر في غزوة بدر الكبرى وقد تحقق هذا النصر كما وعد ، قال تعالى : ﴿وإذ يعدكم الله إحدى الطائفتين أنها لكم وتودون أن غير ذات الشوكة تكون لكم﴾

ب- وعد الله المؤمنين بفتح مكة وقد تحقق هذا الوعد بالفعل. قال تعالى:

﴿لقد صدق الله رسوله الرؤيا بالحق لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رءوسكم ومقصرين لا تخافون فعلم مالم تعلموا فجعل من دون ذلك فتحا قريبا﴾

ج- أخبر القرآن الكريم بانتصار الروم على الفرس بعد أن كان الفرس غالبين وقد تحقق هذا بالفعل . قال تعالى : ﴿ألم ، غلبت الروم فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون فى بضع سنين ، لله الأمر من قبل ومن بعد ، ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ينصر من يشاء وهو العزيز الرحيم﴾

٤- اشتماله على الأسرار الكونية ، والحقائق العلمية التى لايزال العلم يكشف لنا كل يوم منها جديدا .

وهذه الحقائق لم تكن معروفة قديما حتى توصل الباحثون إليها فى العصور المتتالية وكان فى القرآن الكريم ما يلفت الأنظار إلى معرفتها ومن ذلك ما يلى:

أ- أخبر القرآن الكريم بأن السموات والأرض كانتا شيئا واحدا ثم انفصلت الأرض عن السماء ، وقد توصل الباحثون إلى صحة هذه الحقيقة . قال تعالى: ﴿أولم ير الذين كفروا أن السماوات والأرض كانتا رتقا ففتقناهما وجعلنا من الماء كل شئ حى أفلا يؤمنون﴾ .

ب- أخبر أيضا عن مراحل تكوين الإنسان فى بطن أمه ، وقد أثبتت الدراسات الطبية صدق ما أخبر به . قال تعالى : ﴿ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ، ثم جعلناه نطفة فى قرار مكين ، ثم خلقنا النطفة علقة ، فخلقنا العلقة مضغة ، فخلقنا المضغة عظاما ، فكسونا العظام لحما ، ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين﴾ .

ج- أخبر كذلك باختلاف بصمات الأصابع ، وقد أثبت العلم صحة ما أخبر. قال تعالى : ﴿بلى قادرين على أن نسوى بنانه﴾ .

⑥- اشتماله على الشريعة الإسلامية التى نظمت جميع العلاقات الفردية والدولية تنظيما دقيقا يحقق الخير والفلاح للأفراد والجماعات على حد سواء.

⑦-تناسق أحكامه ومعانيه ، فلا يوجد تعارض بين معنى وآخر ، كما لا يوجد تناقض بين آية وأخرى ، على الرغم من تناوله موضوعات متعددة ، وبلوغ آياته حوالى ستة آلاف آية . ولو لا أنه من عند الله الذى لا يخطئ لوجد فيه اضطراب وتناقض كما يحدث فى الكتب التى يؤلفها البشر .

ولقد صدق الله العظيم حينما قال : ﴿ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا﴾

⑧- بقاؤه وخلوده محفوظا مرتلا سرا وعلانية دون أن يصيبه التحريف والتبديل وهو أمر لم يتوفر لأى كتاب سماوى آخر فقد أصابها التحريف والتبديل، لأن الله عز وجل لم يتكفل بحفظها وإنما ترك حفظها للناس حيث أنها نزلت لرسالات وقتية وأقوام معينة .

أما القرآن الكريم فقد تكفل الله بحفظه إلى الأبد ، لأنه معجزة أبدية لرسالة خالدة خلود الدهر . قال تعالى : ﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾ هذه هى وجوه إعجاز القرآن الكريم وقد أشار إليها الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه الإمام على كرم الله وجهه حيث قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إنها ستكون فتنة ، قلت :

فما المخرج منها يارسول الله ؟ قال : كتاب الله ، فيه نبأ ما قبلكم ، وخبر ما بعدكم ، وحكم ما بينكم ، وهو الفصل ليس بالهزل ، من تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهدى فى غيره أضله الله ، وهو حبل الله المتين ، وهو الذكر الحكيم ، وهو الصراط المستقيم ، وهو الذى لا تزيغ فيه الأهواء ، ولا تشبع منه العلماء ، ولا تلتبس به الألسن ، ولا يخلق على كثرة الرد ، ولا تنقضى عجائبه ، وهو الذى لم تنته الجن لما سمعته حتى قالوا إنا سمعنا قرآنا عجبا يهدى إلى الرشد ، من قال به صدق ، ومن حكم به عدل ، ومن عمل به أجر ، ومن هدى به هدى إلى صراط مستقيم"

"أخرجه الترمذى"

المبحث الرابع
في
حجية الكتاب ودلالته على الأحكام

أولا حجية الكتاب :

اتفق العلماء على حجية الكتاب الكريم وأنه المصدر الأول للتشريع فيجب الرجوع إليه أولا عند الإستنباط ، ولايجوز للمجتهد العدول عنه إلى غيره متى وجد فيه الحكم .

ثانيا دلالته على الأحكام :

اتفق العلماء على أن القرآن الكريم ثابت ثبوتا قطعيا لنقله بطريق التواتر كما ذكرنا .

أما دلالته على الأحكام فليست كلها قطعية كثبوته ، وإنما بعضها قطعي ، والآخر ظني .

والمرجع في ذلك هو احتمال اللفظ لأكثر من معنى وعدم احتماله .

فإذا كان لا يحتمل إلا معنى واحد كانت دلالته على الحكم قطعية وذلك كآيات المواريث والحدود كقوله تعالى :﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ وقوله عز وجل : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ .

أما إذا احتمل اللفظ أكثر من معنى فان دلالته على الحكم تكون ظنية .

مثال ذلك قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء﴾

فلفظ القرء المذكور في الآية مشترك بين معنيين : الحيض والطهر.

لذلك اختلف الفقهاء في عدة المطلقة فمن قال : بأن معناه الحيض ، قال : بأنها تعتد ثلاث حيض ، ومن قال بأن معناه الطهر قال : بأنها تعتد ثلاثة أطهار مع احتساب الطهر الذى طلقت فيه من الثلاثة .

الفصل الثانى
فى
السنة المطهرة

ينقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : فى تعريف السنة وأقسامها من حيث الصدور .

المبحث الثانى : فى أقسام السنة بحسب الرواية .

المبحث الثالث : فى حجية السنة .

المبحث الرابع : فى الأحكام الواردة فى السنة بالنسبة لما ورد فى القرآن الكريم .

المبحث الأول

فى

تعريف السنة وأقسامها من حيث الصدور

أولا تعريفها :

السنة لها تعريف فى اللغة العربية وآخر فى الاصطلاح ، وإليك هذين التعريفين :

أ- فى اللغة : هى الطريقة والسيرة سواء أكانت محمودة أم مذمومة ، ومن هذا المعنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "من سنة سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها بعده لا ينقص من أجورهم شئ ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها لا ينقص من أوزارهم شئ"

ب- فى الإصطلاح : هى ماصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول ، أو فعل ،او تقرير فى مقام الهداية والتشريع .

ثانيا تقسيمها من حيث الصدور :

من التعريف السابق يتضح أن السنة تنقسم من حيث صدورها عن الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ثلاثة أقسام : قولية ، وفعلية ، وتقريرية . وإليك بيان كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة :

١- السنة القولية : هى الأحاديث الصادرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم فى مقام الهداية والتشريع ، وأمثلتها كثيرة منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ مانوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه ".

٢- السنة الفعلية أو العملية : هى الأفعال أو الأعمال الصادرة منه صلى الله عليه وسلم فى مقام الهداية والتشريع . كأفعال وضوئه ، وصلاته ، وحجه ، وقضائه بشاهد واحد مع يمين المدعى ، وقطعه يد السارق اليمنى .

٣- السنة التقريرية : هى ما صدر عن الصحابة من أقوال أو أفعال وأقرهم عليه صلى الله عليه وسلم سواء إكان إقراره صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره للفعل أو القول بعد علمه به ، أم كان باظهار ما يدل على الرضا والاستحسان لما صدر منهم ، لأنه صلى الله عليه وسلم لا يسكت على باطل ، فلو كان منكرا لنهى عنه .

مثال التقرير بالسكوت ماروى من أنه صلى الله عليه وسلم مر بامرأة تبكى عند قبر فقال لها : "اتق الله واصبرى ، فقالت المرأة : إليك عنى فإنك لم تصب مصيبتى – ولم تعرفه – فقيل لها : إنه النبى صلى الله عليه وسلم ، فذهبت إلى بيته فلم تجد عنده بوابين أو حجابا ، فقالت : لم أعرفك ، فقال : إنما الصبر عند الصدمة الأولى" .

فالرسول صلى الله عليه وسلم لم ينكر على المرأة خروجها لزيارة القبر ، فكان سكوته وعدم انكاره لها تقريرا لزيارة النساء للقبور وأنها جائزة كما هو الحال بالنسبة للرجال .

ومثال التقرير بإظهار الرضا والإستحسان : إظهار سروره صلى الله عليه وسلم بقول القائف عن أقدام زيد بن حارثة وأسامة إبنه : "إن هذه الأقدام بعضها من بعض " وكان المنافقون قد طعنوا فى نسب أسامه إلى أبيه .

هذه هى أقسام السنة من حيث الصدور ، ويدخل فيها أيضا بعض الأفعال التى تركها صلى الله عليه وسلم إذ لو كانت مشروعة لفعلها ، كتركه للأذان والإقامة فى صلاة العيدين .

الأمور التى لاتعتبر سنة:-

هناك أمور لا تعد من السنة على الرغم من صدورها عنه صلى الله عليه وسلم وهى :

(١) ماصدر منه صلى الله عليه وسلم بمقتضى طبيعته البشرية وعادات قومه . كطريقة نومه ، ومشيه ، وأكله ،

(٢) ماصدر منه صلى الله عليه وسلم بمقتضى خبرته وتجاربه الدنيوية فى أمور الزراعة أو التجارة أو الطب أو الحرب ونحو ذلك من الأمور الدنيوية والعلوم التى تقوم على التجربة والبحث .

ومن أمثلة ذلك ، إشارة الرسول صلى الله عليه وسلم على أهل المدينة بعدم تأبير النخل ، فلم يؤبروه كما كانت عادتهم إمتثالا لمشورته ، فتلف الثمر . فلما علم الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك قال لهم : "أنتم أعلم بأمور دنياكم" .

(٣) ما دل الدليل على أنه خاص به صلى الله عليه وسلم مثل تزوجه بأكثر من أربع زوجات ، وعدم جواز الزواج بإحدى زوجاته صلى الله عليه وسلم .

المبحث الثانى

فى

أقسام السنة بحسب الرواية

إختلف الفقهاء فى تقسيم السنة بحسب روايتها عن الرسول صلى الله عليه وسلم ولهم فى ذلك اتجاهان هاك بيانهما :

الإتجاه الأول : ذهب الحنفية إلى أنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : سنة متواترة، وسنة مشهورة ، وسنة أحادية .

الإتجاه الثانى : وذهب الجمهور إلى أنها تنقسم إلى قسمين : متواترة ، وأحادية ، وهذه الأخيرة تشمل المشهورة .

وإليك بيان كل قسم من هذه التقسيمات الثلاثة :-

(١) السنة المتواترة : هى مارواها جمع يبلغ حد التواتر فى عصر الصحابه ، وعصر التابعين ، وعصر تابعى التابعين. وهى ثابته ثبوتا قطعيا . لأن نقلها بطريق التواتر يفيد العلم واليقين بصحة نقلها ونسبتها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، وعلى ذلك يجب العمل بها ، ويحكم بكفر منكرها ، وأمثلتها كثيرو من السنة العملية .

أما السنة القولية فلم يتفق الفقهاء على تواتر أى حديث منها بلفظه ، وقد مثل لها بعضهم بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "من كذب على متعمدا فليتبوأ مقعدا من النار" .

(٢) السنة المشهورة : وهى ماروواها جمع لم يبلغ حد التواتر فى عصر الصحابة ، ثم رواها جمع بلغ حد التواتر فى عصرى التابعين وتابعيهم .

ومثالها مارواه عمر بن الخطاب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ مانوى**" الحديث .

فلقد رواه عمر بن الخطاب عن الرسول صلى الله عليه وسلم ثم رواه جمع بلغ حد التواتر فى عصرى التابعين وتابعيهم . وهذه السنة لا تفيد القطع واليقين بروايتها عنه صلى الله عليه وسلم -كالمتواترة- وإنما تفيد الظن القريب من اليقين ، والطمأنينة بروايتها عن الرسول صلى الله عليه وسلم - كالمتواترة- وإنما تفيد الظن القريب من اليقين ، والطمأنينة براويتها عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

لذلك فهى أقل مرتبة فى الثبوت من المتواترة . ولهذا لا يحكم بكفر منكرها لعدم القطع بثبوتها عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإنما يحكم بخطئه وضلاله ويجب العمل بها ، ويجوز - عند الحنفية - تقييد مطلق القرآن الكريم ، وتخصيص عامة بها كما يجوز ذلك بالتواتر .

(٣) السنة الآحادية : هى ما رواها جمع لم يبلغ حد التواتر فى العصور الثلاثة .

وأغلب السنة نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم بطريق الآحاد .

وأمثلتها كثيرة منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "اطعموا الجدات السدس."

وهى تفيد الظن الراجح بنسبتها إليه صلى الله عليه وسلم . لأن رواتها مع أنهم آحاد إلا أنه توافرت فيهم شروط ترجح صدقهم فى روايتهم .

ولا تفيد العلم القطعى الذى تفيده المتواترة . لأن فى نسبتها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم شبهة ، ولا تفيد العلم القريب من القطعى الذى تفيده المشهورة ، لأن الأمة الإسلامية ما تلقتها بالقبول والرواية فى عصرى

التابعين وتابعيهم كتلقيها للحديث المشهور ، ولهذا لا يصح الاعتماد عليها فى الأمور الإعتقادية . لأن هذه الأمور لا تبنى إلا على القطع واليقين ولا تبنى على الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا . وإنما يعمل بها فى الأحكام الفقهية العملية متى ترجح صدقها لأن الظن كاف فيها .

المبحث الثالث
في
حجية السنة

إتفق العلماء على حجية السنة ووجوب الرجوع إليها في الإستنباط واستدلوا على ذلك بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول . وإليك بيان هذه الأدلة :

أولا الكتاب الكريم :

فقد جاءت فيه آيات كثيرة تدل دلاله قاطعة على حجية السنة ووجوب العمل بما جاء فيها ، ومن هذه الآيات مايلي :

١- قوله تعالى : ﴿وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول واحذروا﴾ ووجه الدلاله من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل أمر بطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وقرن طاعته بطاعته وحذر من المخالفة ، وطاعته لا تكون إلا باتباع سنته .

٢- وقوله عز وجل أيضا : ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾ فهذه الآية الكريمة تدل على ما تدل عليه الآية السابقة ، بل أنه هنا يكرر لفظ أطيعوا ليعلم أن طاعة الرسول صلى الله عليه وسلم واجبه على سبيل الإستقلال ، ولم يكرر هذا اللفظ بالنسبة لأولى الأمر ليعلم أن طاعتهم لا تجب إستقلالا وإنما تبعا لطاعتهم لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم .

٣- وقوله سبحانه : ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾ ووجه الدلاله من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل يعتبر طاعة الرسول صلى الله عليه وسلم طاعة له .

٤- وقوله تباركت أسماؤه : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ ووجه الدلاله من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل يأمرنا بأن نأخذ ما يأتينا به الرسول صلى الله عليه وسلم وأن نبتعد عما ينهانا عنه .

٥- وقوله تعالى أيضا :﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ، ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا﴾ ففى هذه الآية الكريمة لم يجز الله للمؤمنين مخالفة أمره ولا أمر رسوله صلى الله عليه وسلم ويعتبر المخالف فى ضلال واضح .

ثانيا السنة المطهرة :

وأما السنة الشريفة فقد روى معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال له : " كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ ، قال : أقضى بما فى كتاب الله ، قال : فإن لم يكن فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيى لا آلو ، قال معاذ : فضرب رسول الله صدرى ، ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله"

فقد بين هذا الصحابى الجليل أن السنة هى المصدر الثانى للتشريع بعد القرآن الكريم ، وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك .

ثالثا الإجماع :

وأما الإجماع فقد إتفق الصحابه - رضوان الله عليهم - على وجوب الأخذ بما جاء فى السنة ولزوم الرجوع إليها عند الإستنباط إلى جانب القرآن الكريم .

رابعا المعقول :

وأما المعقول فاحتجوا بما يلى :

١- أن الإيمان بالرسالة المحمدية واجب ومن ضرورة الإيمان بها إتباع سنة محمد صلى الله عليه وسلم ، وبغير ذلك لا يكون للإيمان بها فائدة .

٢- وأن العمل بالسنة لازم من لوازم العمل بالقرآن الكريم لأن القرآن الكريم وردت فيه نصوص مجملة ، وقد أوحى الله عز وجل إلى نبيه بالسنة التى تبين ما أجمله القرآن العظيم .

كما أن القرآن الكريم جاء بقواعد عامة ، والسنة المطهرة هى التى بينت تفصيلات هذه القواعد .

فإذا لم نأخذ بهذه السنة المبينة لهذه النصوص لتعطلت وفات على الناس جزء من شريعة الله عز وجل فكان من اللازم والضرورى الأخذ بها والعمل بما جاء فيها ، وإذا لزم العمل بالسنة المبينة لزم كذلك الأخذ بالسنة المنشئة ، لأن كلا منهما وحى من الله عز وجل إلى رسوله صلى الله عليه وسلم الذى أمرنا بإتباعه وألزمنا بطاعته من غير فرق بين سنة وأخرى .

المبحث الرابع

فى

الأحكام الواردة فى السنة بالنسبة لما جاء فى القرآن

تأتى أحكام السنة بالنسبة لأحكام القرآن الكريم على أربع حالات :

الحالة الأولى الأحكام المطابقة :

فقد تأتى السنة بأحكام تطابق تماما الأحكام التى جاءت بالقرآن العظيم ، فتكون السنة مؤكدة ومقررة لما جاء فى الكتاب ، والأمثلة على ذلك كثيرة منها ما يلى :

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" فإنه يوافق قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا تكون تجارة عن تراض منكم﴾ ;

٢- وقوله صلى الله عليه وسلم : "اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله" ، فإنه يوافق قوله تعالى : ﴿وعاشرهن بالمعروف﴾ .

٣- وقوله صلى الله عليه وسلم : "لكم عليهن الا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" فإنه يطابق قوله تعالى : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ .

٤- وقوله صلى الله عليه وسلم : "إن الله ليملى للظالم حتى إذا أخذه لم يفلته" فإنه يطابق قوله تعالى : ﴿وكذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى وهى ظالمة إنه أخذه أليم شديد﴾ .

الحالة الثانية الأحكام المبينة :

وقد تأتى السنة شارحة ومبينة للنصوص التى تحتاج إلى بيان وهذه على ثلاثة أنواع .

الأولى مفسرة وموضحة :

قد تأتى السنة لتفسير ما أجمل من نصوص الكتاب ، أو توضيح ما أشكل من ألفاظه .

فالمفسرة كالأحاديث الواردة فى بيان أوقات الصلاة وأعداد ركعاتها ، وكيفية القراءة فيها ، وكذلك الأحاديث التى بينت الأموال التى تجب فيها الزكاة والتى لاتجب فيها ، ومقدارها ونصابها ، فهذه الأحاديث كلها بينت المراد من قوله تعالى : ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ .

أما السنة الموضحة للمشكل فكالحديث الذى بين الخيط الأبيض والخيط الأسود فى قوله تعالى : ﴿وكلوا وأشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر﴾ . بأنه بياض النهار وسواد الليل .

الثانى مخصصة :

وقد تأتى السنة لتخصص العام الوارد فى الكتاب وأمثلتها كثيرة منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على إبنة أخيها ولا على إبنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن" فإنه يخص العموم الوارد فى قوله تعالى : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ .

الثالث مقيدة :

وقد تأتى السنة لتقيد الإطلاق الوارد فى الكتاب وأمثلتها كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم : "الثلث والثلث كثير" فقد قيد الإطلاق الوارد فى قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ بعدم الزيادة على ثلث التركة.

الحالة الثالثة السنة الناسخة :

وقد تأتى السنة لتنسخ الحكم الثابت بالكتاب ومن أمثلتها قوله صلى الله عليه وسلم : "لا وصية لوارث" فإنه نسخ جواز الوصية للوارث الوارد فى قوله تعالى : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين﴾ وهذا على رأى من يجيز نسخ القرآن الكريم بالسنة المطهرة .

الحالة الرابعة سنة أتت بأحكام جديدة :

ذهب البعض إلى أن السنة أتت بأحكام جديدة لا وجود لها في القرآن الكريم واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ .

فهذه الآية الكريمة أوجبت على المؤمنين طاعة الرسول إستقلالا ، وهذا يقتضي وجوب اتباع الأحكام التي جاءت بها السنة ولا وجود لها في القرآن الكريم .

ومن أمثلة هذا النوع من الأحكام مايلي :

١- ميراث الجدة السدس .

٢- صدقة الفطر .

٣- الشفعة .

٤- تحريم لبس الحرير والتختم بالذهب على الرجال .

٥- تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، وكل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير .

٦- حد شرب الخمر .

الفصل الثالث
في
الاجماع

ينقسم هذا الفصل الي ثلاثه مباحث :-

المبحث الاول : في تعريف الاجماع وبيان عناصره .

المبحث الثانى : في انواع الاجماع بالنظر لكيفيه حصوله .

المبحث الثالث : في حجية الاجماع .

المبحث الاول
في
تعريف الاجماع وبيان عناصره

اولا : تعريف الاجماع .

الاجماع له تعريف في اللغة وآخر في الاصطلاح .

واليك هذين التعريفين : -

(ا) **في اللغة** – له معنيان : **الأول** : العزم والتصميم علي الشئ ومنه قوله تعالى : ﴿**فأجمعوا امركم وشركاءكم** ﴾." **والثاني** : الاتفاق . ومنه قوله سبحانه وتعالي : ﴿**فلما ذهبوا به وأجمعوا أن يجعلوه في غيابة الجب**﴾. أى اتفق إخوى يوسف على ذلك .

(ب) **في الاصطلاح** . عرفه الجمهور بأنه : اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد صلي الله عليه وسلم في عصر من العصور بعد وفاة النبي صلي الله عليه وسلم علي حكم شرعي عملي .

ثانيا : عناصر الاجماع :

من التعريف السابق للاجماع يتضح أن عناصره مايلي :-

١) أن يكون الاتفاق من المجتهدين فلا عبرة باتفاق العوام ، ولا باتفاق من لم تتحقق فيهم القدرة علي الاستنباط حتى ولو كانوا من كبار العلماء في فنونهم

٢) أن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين بحيث لا يشذ منهم أحد ، فلو خالف البعض فان الاجماع لا يتحقق ولو كان المخالف واحدا .

٣) أن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين الموجودين وقت طـرح المسأله المطلوب الحكم فيها .

فلا يشترط اتفاق المجتهدين في كل العصور المتتاليه بعد ذلك . والا تعذر تحقق الاجماع الي يوم القيامة .

٤) أن يكون الاتفاق من مجتهدى الأمه الاسلامية ، فلا عبرة باتفاق مجتهدى امة أخرى فإنه لا يكون اجماعا شرعيا لقيام الأدلة على عصمة الأمة المحمدية فقط من الخطأ عند الاتفاق .

٥) أن يكون هذا الإتفاق على الحكم بعد وفاة النبي صلي الله عليه وسلم، فلا وجود للاجماع في حياته .

لأن الرسول صلي الله عليه وسلم إن أقرهم علي الحكم فإن المرجع يكون هو السنة ، وإن ناقضهم فإنه لا عبرة باتفاقهم .

٦) أن يكون الإتفاق بأن يبدى كل مجتهد رأيه صراحة في وقت واحد، سواء أبداه علي انفراد وبجمع الأراء تبين اتفاقها ، أو أبـداه جميع المجتهدين وهم مجتمعون في مكان واحد .

٧) ان يكون الحكم المتفق عليه حكما شرعيا ، كالوجوب ، والندب ، والحرمة والكراهة وغير ذلك .

أما الاتفاق علي الأمور اللغوية ، أو العقلية فإنه لا يعد اجماعا شرعيا . كاتفاق علماء اللغه علي أن حرف الواو لمطلق الجمع . والفاء تفيد الترتيب والتعقيب وثم للترتيب والتراخي .

وكالاتفاق علي حدوث العالم ، والواحد نصف الاثنين ، والضدان لا يجتمعان وغير ذلك .

٨) ان يكون الاتفاق علي رأى واحد حقيقة بان اتحدت الآراء اتحادا تاما .أو حكما بأن انقسمت الآراء إلي قسمين ، فإن هذا يكون اجماعا علي أنه لا يوجد رأى ثالث في المسأله .

المبحث الثانى
فى
أنواع الاجماع بالنظر لكيفية حصوله

يتنوع الإجماع بالنظر لكيفيه حصوله الي نوعيين اثنيين :- صريح ، وسكوتى. فالصريح يكون بأن يبدى كل مجتهد رأيه صراحة في المسأله ثم يتم الاتفاق الصريح علي حكم واحد فيها . أما السكوتي فيكون بأن يعلن أحد المجتهدين رأيه في المسألة ويعرف عنه ويشتهر ، ثم يسكت باقي المجتهدين ولم ينكره عليه أحد منهم .

وأمثلته كثيرة منها إجماع الصحابة علي ثبوت خيار الرؤيه للمشترى دون البائع .

وذلك أن عثمان بن عفان باع ارضا له بالبصرة لطلحه بن عبيد الله ، وكان كل منهما لم يرها

فقيل لعثمان : غبنت ، فقال : لي الخيار . لأنى بعت ما لم أره . وقيل لطلحه غبنت ، فقال لى الخيار لأنى أشتريت مالم أره فتحاكما إلي جبير بن مطعم فقضي بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابه ولم ينكر عليه أحدهم فكان ذلك اجماعا سكوتيا علي ثبوت خيار الرؤية للمشترى دون البائع.

شروط تحقق الاجماع السكوتى :-

١) الا يقترن السكوت بعلامة تدل علي الموافقه أو المخالفة . لأنه إذا اقترن بمايدل علي الموافقة كان صريحا ، واذا اقترن بما يدل علي المخالفة لم يكن هناك اجماع مطلقا .

٢) أن تمضي مدة كافية علي السكوت للبحث في المسألة وابداء الرأى فيها .

٣) أن تكون المساله من المسائل التي يمكن الاجتهاد بشأنها وهي ما كان دليلها ظنياً .

أما اذا كانت من المسائل التي لا يجوز الاجتهاد فيها وهي التي يكون دليلها قطعيا ، فإن السكوت لا يعد اجماعا وانما يكون من باب الإهمال وعدم الاعتداد بالرأى المعلن .

مثال ذلك : أن البعض قال بأن البنت تستحق مثل الابن في الميراث ونشر هذا القول وعلم به أهل العلم فسكتوا ، فهذا السكوت لا يدل علي الموافقة وانما هو من قبيل الاهمال وعدم الاعتداد بهذا الرأى . لأن القول هذا ورد به دليل قطعي الثبوت والدلالة فلا يجوز بشأنه الأجتهاد . قال تعالي : ﴿ **يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾.

المبحث الثالث
في
حجيه الاجماع

ذكرنا أن الاجماع إما صريح ، وإما سكوتي ونتكلم عن حجية كل منهما عند العلماء .

اولا : حجية الاجماع الصريح .

اختلف العلماء في هذه الحجية ولهم فيها اتجاهان هاك بيانهما وبيان الراجح منهما:-

الاتجاه الأول : ذهب الجمهور الي أن الاجماع حجة قطعية يجب العمل به ولا تجوز مخالفته ، ولا يصح الاجتهاد في مسأله أجمع العلماء علي حكمها . واستدلوا علي ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والمعقول واليك بيان هذه الأدله .

أولا : القرآن الكريم .

١) قوله تعالي : **﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سلبيل المؤمنين نوله ما تولي ونصله جهنم وساءت مصيرا﴾**

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل قد توعد من يتبع سبيلا يخالف سبيل المؤمنين بدخول جهنم وسوء المصير ، وفي هذا دلالة علي بطلان سبيل غير المؤمنين ، واذا بطل سبيلهم فإن سبيل المؤمنين يكون هو الحق الواجب الاتباع .

وما تتفق عليه الأمة الإسلاميه ممثلة في مجتهديها وأصحاب الاختصاص التشريعي فيها هو سبيل المؤمنيين فيكون هو الحق الواجب الاتباع .ولا تجوز مخالفته .

٢) وقوله عز وجل﴿ **يا أيها الذين آمنوا اطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه الي الله والرسول**﴾ .
ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أنها تأمر المؤمنين بطاعه أولي الأمر ، فتكون هذه الطاعة واجبة .

وأولوا الأمر هم أولوا الشأن وأصحاب الاختصاص فيه وهم يختلفون باختلافه ، فأولوا الأمر في شئون الحكم هم الحكام ، وفي استنباط الأحكام هم المجتهدون . وأولوا الأمر في كل علم وفن هم المتخصصبون فيه ، كما أن ابن عباس فسر أولي الأمر هنا بالعلماء فتكون طاعتهم واجبة فيما يجمعون عليه من أحكام . وفي هذا يقول المولي عز وجل : ﴿**ولو ردوه الي الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم**﴾. كما أن الآية تأمر بالرجوع الي الكتاب والسنة عند التنازع ومفهوم هذا أن رأيهم عند الاتفاق يكون حقا فيجب اتباعه وتمتنع مخالفته .

ثانياً : السنة المطهرة .

أما السنة فقد استدلوا بالأحاديث المروية عن الرسول صلي الله عليه وسلم والتي تدل علي عصمة الأمة من الخطأ والضلال عند اتفاقها علي أمر من الأمور .ومن هذه الأحاديث ما يلي :-

١) قول الرسول صلي الله عليه وسلم " **لا تجتمع أمتي علي خطأ**".

٢) وقوله أيضا : " **إن الله لايجمع أمني علي ضلالة** "

٣) وقوله كذلك :" يد الله مع الجماعة فمن شذ شذ في النار "

٤) وقوله : "إن الشيطان مع الواحد وهو عن الاثنين أبعد "

٥) وقوله عليه الصلاة والسلام : " ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن".

ثالثا : المعقول .

وأما المعقول فقد قالوا : إن اتفاق جميع المجتهدين مع اختلاف عقولهم وتعدد معارفهم – علي رأى واحد دليل علي أنه عين الحق والصواب وأنه لا يوجد دليل آخر يعارضه ، إذ لو كان موجود ا لتنبه اليه البعض ، ولحصل الخلاف بينهم ، لأن الجماعة لا يمكن أن تغفل كلها .

الاتجاه الثاني : وذهب النظام ، والشيعة ، وبعض الخوارج الي عدم حجية الاجماع ، واستدلوا علي ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والمعقول واليك بيان هذه الأدله .

أولا : القرآن الكريم .

آما القرآن الكريم فقد استدلوا بنفس الآية التي استدل بها الجمهور وهي قوله تعالي : **﴿ياأيها الذين أمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول واولي الأمر منكم فان تنازعتم في شئ فردوه الي الله والرسول﴾**

فهم يرون ان الآية تأمر برد الأمر المتنازع فيه الي الله والرسول ولم تأمر بالرد الي اتفاق المجتهدين ، فكان ذلك دليلا علي أن اتفاقهم لا اعتبار له فلا يكون حجه .

وقد أجيب عن هذه الأيه بأنها حجة للجمهور لا عليهم لأنها توجب رد الأمر المتنازع فيه الي الكتاب والسنة ، وحجية الاجماع امر متنازع فيه فرجب رده إليهما . وبالرجوع اليهما نجد فيهما ما يدل علي حجية الاجماع .

ثانيا : السنه المطهرة .

وأما السنه المطهرة فقد قالوا : أن النبي صلي الله عليه وسلم حينما سأل معاذ بن جبل عن الأدلة التي سيرجع اليها في حكمه لم يذكر منها الاجماع ، وقد اقره صلي الله عليه وسلم علي ذلك .

فلو كان الاجماع حجة لما اقرة علي عدم ذكره لـه ، فدل ذلك علي عدم حجيته.

وأجيب عن ذلك بأن اقرار الرسول صلي الله عليه وسلم لمعاذ سببه انه ذكر الأدلة التى يمكنه الرجوع إليها في ذلك الوقت . ولما لم يكن للإجماع وجود في زمن الرسول صلي الله عليه وسلم لم يذكره معاذ .

ثالثا : المعقول .

وأما المعقول فقد قالوا أن كل واحد من المجتهدين يجوز عليه الخطأ فيكون الخطأ جائزا علي جماعتهم ، وانضمام بعضهم الي بعض مع جواز الخطأ علي كل واحد منهم لا يجعل احتمال الخطأ منهم مستحيلا .

وقد أجيب عن هذا بأنه يتعارض مع الأحاديث الدالة علي عصمة الأمة من الخطأ والضلال عند الاتفاق علي أمر من الأمور .

من هذا يتضح رجحان قول الجمهور وبطلان قول مخافيهم .

ثانيا : حجية الإجماع السكوتي .

اما الإجماع السكوتي فقد اختلفوا في حجيته ولهم فيها اتجاهات ثلاثة هاك بيانها :-

الاتجاه الأول : ذهب المالكية ، والشافعي في آخر ما نقل عنه من أقوال إلي أنه ليس بحجة. بل لا يسمي اجماعا مطلقا واستدلوا علي ذلك بما يلي :-

١) أن سكوت بعض المجتهدين ربما يكون للموافقة ، وربما يكون لغيرها ، كعدم الاجتهاد في المسألة ، أو مهابة القائل . أو الخوف من لحوق الضرر بالساكت فيما لو أظهر رأيه .

وإذا لم يكن السكوت دليلا علي الموافقة ، فإن الاتفاق علي الحكم من كل المجتهدين لم يكن متحققا. وإذا لم يكن كذلك فإنه لايكون اجماعا ولاحجة له .

وأجيب عن ذلك بأن القول بأن السكوت قد يكون مهابة للقائل او خوفا منه ونحو ذلك لا يليق بجانب المجتهدين الذين بلغوا أعلي المراتب الفقهية والدينية ، فالساكت عن الحق شيطان أخرس .

٢) قول الشافعي : لاينسب لساكت قول ، والقول بتحقق الاجماع بسكوت باقي المجتهدين يحملهم تبعه رأى لم يقوله ولم يظهروه ، ويفسر سكوتهم بالرضا والموافقة وهو ما لم يقم عليه دليل ، ولو كانوا موافقين لصرحوا بهذه الموافقة .

الاتجاه الثاني : وذهب أكثر الحنفية والامام احمد بن حنبل إلي أن الاجماع السكوتي حجة قطعية كالاجماع الصريح واستدلوا علي ذلك بما يلي :-

١) أن العادة جرت بتصدير الأكابر للفتوى وسكوت غيرهم عند موافقة رايهم لراى أكابرهم . فالسكوت إذن محمول علي الرضا والموافقة بمقتضي العرف والعاده ، فيثبت الاجماع لاتفاق الجميع علي الحكم ، ومتي كان الاجماع ثابتا كانت له حجة قطعية . لأن الأدلة علي حجية الاجماع لم تفرق بين الاجماع الصريح والاجماع السكوتي .

٢) أن عمل المجتهدين إنما هو بيان الحكم الشرعي ، وسكوتهم عن البيان يعد بيانا وموافقة علي هذا الرأى . لأن السكوت في موضع الحاجة إلي بيان يعد بيانا .

الاتجاه الثالث : وذهب الكرخي - من الحنفية - والآمدى - من الشافعية - الي أنه حجة ظنية - لأن السكوت لا يقطع بأنه للموافقة وانما يحتمل أن يكون للموافقة ولغيرها ، إلا أن احتمال الموافقة هو الظاهر ، والاحتمال الثاني هو البعيد ، وذلك لما علم من أحوال السلف الصالح . فإنهم كانوا لايمتنعون عن قول الحق مهما لاقوا في سبيله ، ومهما كانت درجة من يخالفوه . يؤيد هذا ما يلي :-

١) رد معاذ بن جبل علي عمر بن الخطاب حينما عزم علي جلد امرأة حامل وقال له : " إن جعل الله لك علي ظهرها سبيلا فلم يجعل لك علي مافي بطنها سبيلا ." فقال عمر : لو لا معاذ لهلك عمر .

٢) قول امرأة لعمر عندما سمعته ينهي عن المغالاه في المهور ويقول : " من زاد علي أربعمائة درهم جعلت الزيادة في بيت المال " أيعطينا الله ويمنعنا عمر وتلت قوله تعالي : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ﴾

فيرد عمر ويقول أصابت امرأة وأخطأ عمر ثم رجع عن رأيه .

واذا كان السكوت لا يكون للموافقة علي سبيل القطع وانما علي سبيل الظن ، فان الاجماع السكوتي لا يكون حجة قطعية وانما يكون حجة ظنية .

الفصل الرابع
في
القياس

ينقسم هذا الفصل إلي مبحثين اثنين :-

المبحث الأول : في تعريف القياس وأركانه .

المبحث الثاني : في حجية القياس .

المبحث الأول
في
تعريف القياس وأركانه

أولا : تعريف القياس .

القياس له تعريف في اللغة ، وآخر في الاصطلاح ، وإليك بيان هذين التعريفين :

أ) ـ في اللغة له معنيان : **الأول** . التسوية سواء أكانت حسية أم معنوية . مثال الأولى : قاس فلان كذا على كذا ، اذا حاذاه وساواه به ، ومثال الثانية ، فلان لا يقاس بفلان أى لا يساوية فى المكانة والمنزلة . أما المعني الثاني فهو: التقدير . يقال : قاس الأرض بالزراع إذا قدرها به .

ب) في الاصطلاح . إلحاق أمر بأمر آخر في الحكم لا شتراكهما في العلة.

هذا هو تعريف القياس باعتباره عملا من أعمال المجتهد يقوم به لاستنباط الأحكام الشرعية فيظهرهاويبينها بعد أن كانت ثابتة متقررة بناء علي المساواة الموجودة . ولهذا يقول العلماء .إن القياس مظهر لا مثبت .

ثانيا : أركان القياس .

للقياس أركان أربعة هي :-

١) الأصل وهو : الأمر المقيس عليه .

٢) الفرع وهو : الأمر المقيس .

٣) العلة وهي : التي انبني عليها حكم الأصل ويتساوى معه الفرع فيها .

٤) حكم الأصل وهو : الذى يراد مساواة الفرع للأصل فيه . أما حكم الفرع فليس ركنا في القياس وانما هو نتيجته وثمرته .

والأمثلة التي توضح هذه الأركان كثيرة منها أن الله عز وجل حرم الخمر في كتابه وبين العلة من هذا التحريم فقال تعالي : ﴿**إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون**﴾.

فهاتان الآيتان تدلان علي حكم الخمر وأنه التحريم ، كما توضحان العلة من هذا التحريم وهي ما يترتب علي شرب الخمر من مفاسد وأضرار نتيجة للإسكار .

وحقيقيه الخمر عند الحنفية تطلق علي عصير العنب غير المطبوخ اذا ترك حتي غلا واشتد وقذف بزبده .

وعلىهذا فالنص السابق لا يكون شاملاً لحكم المسكرات الأخرى من غير الخمر ، إلا أن هذه المسكرات يترتب علي شربها ما يترتب علي شرب الخمر من مفاسد وأضرار . لذلك يكون منطقيا الحكم بإلحاقها بالخمر في الحكم وهو الحرمة بطريق القياس .

فالخمر في هذا المثال أصل أو مقيس عليه . وسائر المسكرات الأخرى فرع أو مقيس .والمفاسد المترتبة علي الشرب هي العلة .

وتحريم الخمر هو حكم الأصل أما تحريم المسكرات الأخرى فهو نتيجة القياس وثمرته .

المبحث الثاني
في
حجية القياس

اختلف العلماء في حجية القياس ولهم فيها اتجاهان هاك بيانهما :-

الاتجاه الأول : ذهب الجمهور إلي أنه حجة وأصل من أصول التشريع يجب العمل به واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والاجماع ، والمعقول واليك بيان هذه الأدلة :-

أولا : القرآن الكريم .

١) قوله تعالي :**﴿فاعتبروا ياأولي الأبصار﴾** ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أنها تأمرنا بالاعتبار بما حدث ليهود بني النضير ، وهذا الاعتبار يكون بقياس غيرهم عليهم في استحقاق العقاب إذا ما فعلوا مثل ما فعلوه ، وفي هذا دليل على اعتبار القياس .

٢) رد القرآن الكريم علي منكرى البعث الذين قالوا : من يحيي العظام وهي رميم بقوله تعالى: **﴿قل يحييها الذى أنشأها أول مرة وهو بكل خلق عليم﴾**

فقد قاس المولي سبحانة وتعالي إعادة المخلوقات وبعثها بعد الفناء على نشأتها الأولي وبدء الخليقة ، وبين أن من قدر على بدء الخلق كان قادرا على إعادته بل إنها أهون .

فقد استعمل القرآن الكريم القياس في الاقناع وإلزام الحجة وبيان الأحكام.

ثانيا : السنة المطهرة .

أما السنة فأحاديث كثيرة استعمل الرسول صلي الله عليه وسلم فيها القياس للاقناع والزام الحجة وبيان الأحكام منها ما يلي :-

١) روى أن رجلا من خثعم جاء إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال له : "إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل ، والحج مكتوب عليه، أفأحج عنه ؟ قال : أنت أكبر ولده ، قال أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزى ذلك عنه ، قال : نعم ، قال : فاحجج عنه" .

فالرسول صلي الله عليه وسلم استعمل القياس في الإقناع والزام الحجة وبيان الحكم حيث قاس قضاء دين الله في الأداء على دين العباد.

٢) سأل رجل رسول الله صلي الله عليه وسلم وقال له : "كيف يقضي الإنسان شهوته ويؤجر عليها ؟ فقال له : أرأيت لو وضعها فى حرام إكان عليه وزر ، قال : نعم ، قال : فكذلك إذا وضعها في حلال كان له أجر" .

فقد قاس الرسول صلي الله عليه وسلم استحقاق الأجر في الحلال علي استحقاق الوزر في الحرام .

٣) جاء عمر بن الخطاب إلى الرسول صلي الله عليه وسلم وقال : "يارسول الله صنعت اليوم أمرا عظيما ، قبلت زوجتي وأنا صائم ، فقال له النبي صلي الله عليه وسلم : أرأيت لو تمضمضت بالماء وأنت صائم ، فقلت : لا بأس به ، فقال رسول الله صلي الله علي وسلم : ففيم ؟ أى ففي أى شئ هذا الأسف" .

فقد قاس الرسول صلي الله عليه وسلم القبلة علي المضمضة في عدم الافطار لتماثلهما في انهما مقدمتان لمفطر لم يوجد .

٤) حديث معاذ بن جبل السابق . فالرسول صلي الله عليه وسلم أقره علي الإجتهاد بالرأى عند عدم وجود نص من الكتاب أو السنة ، ولا شك أن القياس أظهر أنواع الاجتهاد بالرأى فيكون حجة ومصدراً للأحكام بهذه السنة التقريرية

ثالثا : الاجماع .

أما الاجماع فقد ثبت عن جمع كثير من الصحابة احتجاجهم بالقياس وعملهم به وقد تكررذلك منهم في وقائع كثيرة ولم ينكر أحد منهم ذلك فكان هذا إجماعامن الصحابة على العمل بالقياس ، والأمثلة على ذلك كثيرة منها مايلي :-

١) اختار الصحابة أبا بكر خليفة للمسلمين وكان ذلك مبنيا على القياس حيث قاسوا الإمامه الدنيوية على الإمامة الدينيه فقالوا : رضيه رسول الله صلي الله عليه وسلم لديننا أفلا نرضاه لدنيانا

٢) قاس على بن أبى طالب حد الشرب على حد القذف ، وقد وافقه الصحابة على ذلك .

٣) قاس ابن عباس الجد الصحيح على إبن الابن في حجب الأخوة والأخوات الأشقاء أولأب . وقال : ألا يتقي الله زيد بن ثابت ؟

يجعل ابن الإبن إبناً ولا يجعل أب الأب أباً . يعنى أن درجة قرابة الجد من الميت كدرجة قرابة ابن الابن منه ، فكما أن ابن الابن يحجبهم من الميراث فكذلك الجد بالقياس عليه .

٤) قاس علي بن أبى طالب الاشتراك في القتل علي الاشتراك في السرقة في استحقاق كل واحد من المشتركين العقاب كاملا ، وأقره عمر وسائر الصحابة على ذلك . فكان اجماعا منهم على الاحتجاج بالقياس .

رابعا : المعقول .

وأما المعقول فقد قالوا : إن النصوص متناهية والحوادث والوقائع غيرمتناهية ولا محصورة ، وما لايتناهى لا يضبطه ما يتناهى إلا إذا عرفت علل الأحكام وقيست عليها أحكام الوقائع الجديدة .

الإتجاه الثاني : وذهب النظام ، والظاهرية ، وبعض الشيعة إلي أن القياس ليس بحجة ، وقد سمي هؤلاء بنفاة القياس . واستدلوا علي ذلك بأدلة منها مايلي :-

١) نهي القرآن الكريم عن اتباع الظن وبين أنه لا يغني من الحق شيئا ، فقال تعالي : ﴿**ولا تقف ما ليس لك به عليم**﴾ . وقال أيضا : ﴿**إن يتبعون إلا الظن وإن الظن لا يغني من الحق شيئا**﴾ . ولما كان القياس ظن من الظنون . لأنه يقوم على ظن المجتهد بأن العلة هي كذا ، ثم ظنه مساواة الفرع للأصل فيها ، فيكون منهيا عن اتباعه والعمل به ، والمنهي عنه لا يكون حجة في إثبات الأ حكام الشرعية .

ويجاب عن هذا بأن الظن المنهي عن اتباعه هو الظن في الأحكام الاعتقادية لأنه لا بد فيها من القطع واليقين . كما يدل علي ذلك سياق الآيات التى تنهي عن الظن أما الأحكام العملية فقد اتفق العلماء على أن الظن فيها غير منهي عنه، بدليل أنه يعمل فيها بأخبار الآحاد ، وبظاهر نصوص القرآن والسنة، وبقبول الشهادة من رجلين أو رجل وامرأتين وهي لا تفيد إلا الظن .

٢) أن اكابر الصحابة ذموا الرأى ، وأنكروا العمل به ، ولما كان القياس رأيا فيكون مذموما عند هم فلا يكون حجة ، ويجاب عن ذلك بأن الرأى الذى ذمه الصحابة هو الرأى الذى يكون اتباعا لهوى النفس وقولا في الدين بغير دليل ،أو بناء علي قياس فاسد أو قياس في العقائد وغير ذلك بدليل ما نقل عن هؤلاء الأكابر أنفسهم من العمل بالقياس والأمر به .

٣) ان القياس يؤدى إلي الخلاف والتنازع بين المجتهدين لاختلاف وجهات النظر فيكون ممنوعا ، وذلك لقوله تعالي : ولاتنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم . وقال أيضا : ﴿ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاء هم البينات﴾ ويجاب عن ذلك بأن التنازع والاختلاف المنهى عنه هو ما كان في العقائد وأصول الدين أو كان في شئون الحرب وسياسة الدولة بقرينة ذكر الفشل وذهاب الريح وهو القوة ، أما التنازع والاختلاف في الأحكام الشرعية فإنه جائز وهو حاصل وقائم حتي ولو لم يعمل بالقياس .

هذه هي بعض أدلة الاتجاهين المتنازعين في حجية القياس ومنها يتضح رجحان اتجاه الجمهور القائل بأنه حجة ومصدر للتشريع.

الفصل الخامس
فى
قول الصحابى

ينقسم هذا الفصل إلي مبحثين اثنين :-

المبحث الأول :- في تعريف الصحابي .

المبحث الثاني : في حجية قول الصحابي .

المبحث الأول
في
تعريف الصحابى

الصحابي عند الجمهور هو: من لقي النبي صلي الله عليه وسلم وآمن به . ولازمه مدة كافية لإطلاق وصف الصحبة عليه . وهؤلاء كثيرون منهم : الخلفاء الراشدون الأربعة : أبو بكر الصديق ، وعمر بن الخطاب ، وعثمان ابن عفان ، وعلي بن أبي طالب .

ومنهم كذلك : أزواج النبي صلي الله عليه وسلم . ومنهم أيضا : العبادلة : عبدالله بن مسعود ، وعبدالله بن عباس ، وعبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عمرو بن العاص ، ومنهم أيضا زيد بن ثابت ، ومعاذ بن جبل ، وأبوهريرة وغيرهؤلاء ممن آمنوا بمحمد صلي الله عليه وسلم ولازموه وآزروه ، وسمعوا أقواله ، وشاهدوا أفعاله . وقد برز من هؤلاء الصحابة جماعة اشتهروا بالفقه والقدرة الفائقة علي استنباط الأحكام من مصادرها الأصلية .

وقد كانت لهؤلاء الصحابة فتاوى متعددة ، وأقضية كثيرة ، وآراء متنوعة في مسائل كثيرة نقل لنا علماء السلف منها الكثير .

المبحث الثاني
في
حجية قول الصحابي

أولا : اتفق العلماء على أن قول الصحابي يكون حجة في الأمور التي لا مجال للاجتهاد بالرأي فيها . لأن الظاهر في مثل هذه الأمور أن يكون عن سماع من الرسول صلى الله عليه وسلم فيكون في حكم السنة المرفوعة وبالتالي يأخذ نفس حكمها . والأمثلة علي ذلك كثيرة منها ما روى عن ابن مسعود أن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام .

ثانيا : اتفقوا ايضا علي أن قول الصحابي لا يكون حجة على صحابي آخر . لتساويهما في الصحبة والمنزلة والفضل والتقوى .

ثالثا : إن قول الصحابي الصادر منه عن رأى واجتهاد واشتهر عنه ولم ينكره أحد ، يدخل في الإجماع السكوتي .

رابعا : أما قول الصحابي الصادر عن رأى واجتهاد ولكنه لم يشتهر عنه ، فقد اختلف العلماء في حجيته ولهم فيها اتجاهان هاك بيانهما :-

الاتجاه الأول : ذهب جمع من متأخرى الحنفية ، والمالكية والشافعية ، وأكثر المتكلمين إلى أنه ليس بحجة واستدلوا علي ذلك بالأدلة الآتية :-

١) ان الصحابي كغيره يجوز عليه الخطأ ، فلا يكون قوله حجة على غيره من المجتهدين .

٢) أن الصحابة أنفسهم كانوا يرون ذلك . إذ كانوا يتهيبون الفتوى ويفترضون خطأها .

فهذا أبو بكر - رضي الله عنه - يقول في معني الكلالة حينما سئل عنه : أقول فيها برأيي فإن يكن صوابا فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان ، الكلالة ماعدا الوالد والولد .

٣) كان الصحابة يخطئون بعضهم البعض . فهذا معاذ بن جبل يقول لعمر حينما عزم علي جلد المرأة الحامل : إن جعل الله لك علي ظهرها سبيلا ، فلم يجعل لك علي مافي بطنها سبيلا . ويرد عمر قائلا : لولا معاذ لهلك عمر .

٤) أن بعض التابعين خالف قول الصحابي ولم ينكر عليهم ذلك ، بل إن بعضهم رجع عن رأيه إلى رأى التابعي . من ذلك أن علي بن أبي طالب تحاكم إلى شريح - وهو من كبار التابعين وكان قاضيا في عهد علي - في درع له وجدها عند يهودى وادعي ملكيته لها ، وأنكر اليهودى ذلك ، وقال : درعي وفي يدى ، فطلب شريح من علي إثبات دعواه ، فدعا مولاة قنبرا فشهد له ، ودعا الحسن ابنه فشهد له أيضا ، فقال شريح : اما شهادة مولاك فقد أجزتها لك ، وأما شهادة ابنك فلا أجيزها ، وكان من رأى علي جواز شهادة الابن لأبيه . فسلم علي الدرع لليهودى .

فقال اليهودى : أمير المؤمنين مشى معي إلى قاضيه فقضي عليه ، فرضي به ، ثم قال لعلي : صدقت ، والله انها لدرعك ، وأسلم اليهودى ، وكان مع علي حتي قتل في واقعة صفين .

الاتجاه الثاني : وذهب أئمة الحنفية ، والامام مالك في إحدى الروايتين عنه ، والشافعي في القديم ، وأحمد في إحدى الراويتين عنه .إلى حجيته ، واستدلوا علي ذلك بالقرآن الكريم . والسنه المطهرة ، والمعقول ، وإليك بيان هذه الأدلة :-

أولا : القرآن الكريم .

قوله تعالى ﴿والسابقون الأولون من المهاجرين والانصار والذين اتبعوهم بإحسان رضي الله عنهم ورضوا عنه﴾.

فالسابقون هم الصحابة ، وقد اخبر الله عز ووجل بأنه قدر ضي عنهم وعمن تبعهم بإحسان ، ولا شك أن الأخذ بأقوالهم يكون اتباعا لهم ، ومحل لرضا الله عز وجل ، فتكون أقوالهم حجة .

ثانيا : السنة المطهرة .

أما السنة فأحاديث كثيرة تدل على رفعة منزلتهم وصحة الاقتداء بهم ومن هذه الأحاديث ما يلي : -

١) قول الرسول صلي الله عليه وسلم : "**اصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم**".

٢) وقوله صلي الله عليه وسلم : "**أنا أمان لأصحابي وأصحابي أمان لأمتي**" .

٣) وقوله عليه الصلاة والسلام : "**خيرا القرون قرني ثم الذين يلونهم**".

ثالثا : المعقول .

أما المعقول فقد قالوا : ان الصحابي - وإن جاز عليه الخطأ كغيره - إلا أن الغالب موافقة قوله للحق والصواب وذلك لبركة صحبته للرسول صلي الله عليه وسلم ، وكمال علمه باللغة وإطلاعه علي اسباب النزول ، وهذه أمور لا يشاركه فيها غيره من المجتهدين الذين أتوا بعده . فيكون قوله راجحا على

قول غيره منهم ، فيلزمهم اتباعه ولا تجوز مخالفته . والراجح هو الاتجاه الأول .

الفصل السادس
في
المصالح المرسلة

ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : في انواع المصالح

المبحث الثاني: في حجية المصالح المرسلة

المبحث الثالث : في شروط العمل بالمصلحة المرسلة .

المبحث الأول
في
أنواع المصالح

تتنوع المصالح إلى ثلاثة أنواع : معتبرة ، وملغاة ، ومرسلة ، واليك بيان كل نوع فيما يلي :

النوع الأول : المصالح المعتبرة .

هي المعاني المناسبة التي قام الدليل المعين علي اعتبارها . وهذه المصالح قد تكون ضرورية ، وقد تكون حاجية ، وقد تكون تكميلية .

فالضرورية هي الأمور التي تقوم عليها حياة الناس ، وترجع هذه المصالح إلى أمور خمسة هي : حفظ الدين وحفظ النفس ، وحفظ العرض ، وحفظ العقل ، وحفظ المال . وقد شرع لحفظ الدين ، تحريم الرده ، ومعاقبة المرتد إذا لم يتب ويعد إلى الاسلام ، وفرضية الجهاد دفاعا عن العقيدة . وشرع للمحافظة علي النفس ، تحريم الاعتداء عليها ، ومعاقبة المعتدى ، ووجوب تناول القدر الضرورى لبقائها من طعام وشراب ونحو ذلك .

و شرع للمحافظة علي العرض ، تحريم الزنا ومعاقبة الزاني ، وتحريم القذف ومعاقبة القاذف . وللمحافظة على العقل ، حرم شرب الخمر وسائر المسكرات الأخرى ، ويعاقب الشارب بالحد .

وللمحافظة علي المال ، حرمت السرقة ويعاقب السارق بالحد ، وحرم الربا ، والغصب ، والاختلاس وغير ذلك. أما المصالح الحاجية فهي الأمور التي يحتاجها الناس لرفع الحرج والضيق والمشقة عنهم .

ومما شرع لتحقيق هذه المصالح ، جميع الرخص كإباحة الفطر للمريض والمسافر، وقصر الصلاة الرباعية للمسافر، وتحمل العاقلة لدية القتل الخطأ .

وأما المصالح التكميلية فهي الأمور الكمالية التي ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات .

ومما شرع لتحقيق هذه المصالح جميع أنواع الطهارات وآداب الطعام والشراب ، ولبس الثياب الجديدة في يوم العيد ، والبيضاء في يوم الجمعة .

النوع الثاني : المصالح الملغاة .

هي المعاني المناسبة التي قام الدليل المعين على ألغائها . وإلغاء هذه المصالح من جهه الشارع يأتى إما لإنها مصالح موهومة وليست محققة أو لأنها مصلحة مرجوحة أمام مصلحة راجحة وأمثلة هذه المصالح كثيرة منها مايلي :-

١) منع تعدد الزوجات فقد يبدو أن فيه مصلحة وهي تلافي المنازعات التي قد تحدث بين الضرائر ، إلا أن الشارع الحكيم الغي هذه المصلحة المتوهمة ولم يلتفت إليها وأباح هذا التعدد نظرا لما يترتب عليه من مصالح كثيرة .

٢) المصلحة المرجوحة في المحافظة علي النفس بعدم قتال الأعداء والاستسلام لهم . فقد ألغاها الشارع الحكيم ولم يلتفت إليها فقال تعالي : **﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم ، وعسي أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم ، وعسي أن تحبوا شيئا وهو شر لكم والله يعلم وانتم لا تعلمون﴾** .

وقال ايضا : ﴿ ياايها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار﴾ .

وذلك لوجود مصلحة ارجح منها ، وهي المحافظة على سلامة الأمة ، وعدم المساس بالعقيدة .

النوع الثالث : المصالح المرسله .

أما المصالح المرسلة فهي المعاني المناسبة التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب منفعة للناس او دفع مفسدة عنهم ، وليس هناك دليل علي اعتبارها أو إلغائها .

ومن امثلتها المصلحة التى راها الصحابة في جمع الصحف المتفرقة التي كتب فيها القرآن الكريم في مصحف واحد .

خلاصة القول : أن هناك مصالح ورد دليل من الشارع باعتبارها ، وأخرى ورد دليل منه بإلغائها ، وثالثة لم يرد منه دليل باعتبارها ولا دليل بإلغائها .

وتسمي الأولي بالمصالح المعتبرة ، والثانية بالمصالح الملغاة . والثالثة بالمصالح المرسلة .

المبحث الثاني
في
حجية المصالح المرسلة

إختلف العلماء في حجية المصالح المرسلة ولهم فيها اتجاهان نعرضهما ثم نبين الراجح منهما :-

الإتجاه الأول : ذهب الجمهور إلى حجيتها واستدلوا على ذلك بالسنة المطهرة والاجماع والمعقول ، وإليك بيان هذه الأدلة :-

اولا : السنة المطهرة :-

أما السنة فاستدلوا بحديث معاذ بن جبل - السابق ذكره - فقد اقره الرسول صلي الله عليه وسلم على الإجتهاد بالراى إذا لم يجد الحكم في الكتاب أو السنة والاجتهاد بالرأى كما يكون بقياس النظير على نظيرة يكون ايضا بالإسترشاد بمقاصد الشريعة العامة ، ولا يخرج العمل بهذه المصالح عن هذا الأمر . لأنه تشريع للحكم الذى يحقق المصلحة العامة للناس وهذا هو غرض الشارع الحكيم من تشريع الأحكام .

ثانيا : الاجماع .

أجمع الصحبة على العمل بالمصالح المرسلة حيث شرعوا احكاما كثيرة بنوها علي المصالح المرسلة .

ومن هذه الأحكام مايلي :-

١) عندما شعر ابو بكر بقرب انتهاء اجله استخلف عمر بن الخطاب في إمارة المؤمنين ، لماراّه من مصلحة الأمة في هذا الاستخلاف ، ولم يرد دليل من الشارع على اعتبار هذه المصلحة ، ولا دليل بإلغائها .

٢) أبقي عمر بن الخطاب الأراضي المفتوحة في أيدى أهلها ليزرعوها . ولم يقم بتوزيعها على الغانمين ، ووضع الخراج على أصحابها ليكون موردا عاما للمسلمين جميعا .

وقد بني هذا الاجتهاد على المصلحة ووافقه الصحابة على ذلك .

٣) قضي عثمان بن عفان بتوريث المطلقة طلاقا بائنا فرارا من الميراث، وقد بني حكمه هذا على المصلحة وهي الزجر عن فعل مثل هذا العمل المذموم .

٤) أمر عثمان بكتابة المصاحف وتوزيعها على الامصار وجمع الناس على مصحف واحد ، وحرق ما عداه

وقد بني هذا العمل على المصلحة وهي : وضع حد للخلاف بين المسلمين في قراءة القرآن الكريم .

ثالثا : المعقول .

قالوا : إن تحقيق مصالح الناس هو المقصود من التشريع وهذه المصالح تتحدد بتجدد الزمان ، وتختلف باختلاف البيئات ، فلو لم تعتبر المصالح المتجددة ولم يشرع لها ما يناسبها من الأحكام ووقف التشريع عند المصالح المعتبرة ، لترتب على ذلك ضياع كثير من المصالح المتجدده وإلحاق الضرر

بالناس الأمر الذى يؤدى إلى جمود الشريعة وعدم مسايرتها لركب التطور والحضارة وقصورها عن تحقيق مصالح الناس ، وهذا لا يتفق مع القول بصلاحية الشريعة للتطبيق في كل زمان ومكان .

الإتجاه الثاني : وذهب بعض المالكية والشافعية إلى عدم حجية المصالح المرسلة وهو مذهب الظاهرية أيضا. واستدلوا على ذلك بأدلة منها ما يلي: -

١) أن هذه المصالح مترددة بين المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة ، فتحتمل أن تكون من الأولي وتحتمل أن تكون من الثانية ، ومع وجود هذا الإحتمال لا يجوز القطع ولا الظن وبناء الأحكام عليها لأن القطع أو الظن باعتبارها يكون ترجيحا لأحد الأمرين بدون مرجح وهذا لا يجوز .

وقد اجيب عن هذه الشبهة بان القائلين بحجية هذه المصالح لا يدعون القطع بحجيتها واعتبارها وإنما هم يقولون : الظاهر اعتبارها والعمل بها ، وهذا الظهور كاف في الأحكام العملية ، والحكم بظهور العمل بالمصالح المرسلة ليس ترجيحا بلا مرجح لوجود المرجح لاعتبارها على إلغائها وهو : كثرة اعتبار الشارع للمصالح وقلة إلغائه لها . لأننا اذا قارنا بين المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة لو جدنا المصالح الملغاة قليلة بالنسبة للمصالح المعتبرة ، فإذا وجدت مصلحة لم يقم دليل على اعتبارها أو إلغائها ، فإن الظاهر هو إلحاقها بالكثير الغالب وهو المصالح المعتبرة دون القليل النادر وهو المصالح الملغاة .

٢) أن الشريعة جاءت بما يحقق جميع المصالح ، أما بالنصوص وإما بالقياس على ما جاء حكمه فيها ، فلا توجد إذن مصلحة لم يرد دليل على اعتبارها وإنما جاء من الشارع شاهد باعتبار كل مصلحة .

والقول بغير ذلك يتنافي مع كمال الشريعة الثابت بقوله تعالي : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾ .

فإذا ظهرت مصلحة لم يرد دليل من الشارع باعتبارها فإنها تكون مصلحة وهميه لا يصح بناء الأحكام عليها . ونجيب عن هذه الشبهة بأن عدم الاحتجاج بالمصالح المرسلة وبناء الأحكام عليها هو الذى يتنافي مع كمال الشريعة وعدم سايرتها لركب التطور .

فالثابت أن هناك مصالح لم يرد دليل من الشارع باعتبارها أو إلغائها ، كما أنه لا يمكن تحقيق القياس فيها لعدم وجود نظير لها ورد النص أو الاجماع بحكمه ، فلا بد إذن من بناء الأحكام عليها تحقيقا لمصالح الناس وهذا هو مقصود التشريع الاسلامي .

والقول بغير ذلك يؤدى إلى جمود الشريعة وعدم كمالها وعجزها عن مواكبة التطور والحضارة .

٣) إن العمل بالمصالح المرسلة يؤودى الي إختلاف الأحكام بإختلاف المكان والزمان ، وهذا لا يتفق مع القول بعموم الشريعة ووحدة أحكامها .

واجيب عن هذه الشبهة بأن اختلاف الأحكام تبعا لاختلاف المكان والزمان ، يعد من محاسن الشريعة لا من مساونها ، وهو من الطرق التي تجعلها عامة وصالحة للتطبيق في كل مكان وزمان .

هذه هي ادلة الإتجاهين ومنها يتضح رجحان القول بحجية المصالح المرسلة وبناء الأحكام عليها وهذا هو ما يتفق مع كمال الشريعة ومرونتها وعموميتها وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان .

المبحث الثالث
في
شروط العمل بالمصالح المرسلة

اشترط القائلون بحجية المصالح المرسلة الشروط الآتية للعمل بها : -

١) عدم مخالفة المصلحة لدليل قطعي . فإذا خالفت دليلا قطعيا فإنه لا يعمل بها .

وعلى هذا لا اعتبار للمصلحة القاضية بمساواة البنت بالابن في الميراث لقيام الدليل الشرعي القطعي على إلغائها وهو قوله تعال : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين .

٢) أن تكون المصلحة حقيقية ، فإذا كانت موهومة فإنه لا يعمل بها .

وعلى هذا لا يعمل بالمصلحة الموهومة في سلب الزوج حق طلاق زوجته وجعله بيد القاضي في كل الحالات . لأن الضرر المترتب على ذلك يفوق هذه المصلحة

٣) ان تكون المصلحة عامة فإذا كانت خاصة فإنه لايعمل بها وتكون مصلحة عامة ، إذا ترتب علي بناء الحكم عليها تحقيق المنفعة لعدد كبير من الناس أو دفع الضرر عنهم .

وذلك كا لمصلحة المترتبة على تسعير السلع لمحاربة غلاء الأسعار الناشئ عن الاحتكار وتحكم التجار . وتكون المصلحة خاصة إذا كان بناء الحكم عليها يحقق منفعة لفئة معينة ، أو لفرد معين فقط دون سائر الأفراد . فلا اعتبار لمصلحة خاصة بأمير أو رئيس أو عظيم او بعض افراد الأمة ولا يصح تشريع الأحكام بناء عليها .

٤) أن تكون المصلحة معقولة في ذاتهـا ن بحيث تتلقاها العقول بـالقبول فإذا لم تكن معقولة فإنه لايصح تشريع الأحكام بناء عليها .

ومن امثلتها أن بعض القضاة شاور ابن دقيق العيـد فـي قطـع أنملـة كـاتب مزور منعا له من الكتابة ، فأنكر عليه ابن دقيـق إنكـارا شـديدا . وذلـك لعـدم تناسب العقوبة مع الجريمة .

الفصل السابع
في
الإستحسان

ينقسم هذا الفصل الى مبحثين :-

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان وأنواعه

المبحث الثاني : في حجية الإستحسان .

المبحث الأول
فى
تعريف الإستحسان وأنواعه

أولا تعريفه :

الإستحسان له تعريف فى اللغة ، وآخر فى الإصطلاح ، وإليك هذين التعرفين :

أ) فى اللغة : هو عدا لشئ وإعتقاده حسنا ، تقول : إستحسنت كذا أى اعتقدته حسنا .

ب) فى الإصطلاح : هو عدول المجتهد عن الحكم فى مسألة ، بمثل ما حكم به فى نظائرها إلى حكم آخر ، لدليل خاص اقتضى هذا العدول فى نظره ، سواء أكان هذا الدليل نصا ، أو إجماعا أو ضرورة ، أو عرفا ، أو مصلحة ، أو قياسا خفيا ، وسواء كان حكم النظائر ثابتا بدليل عام ، أو قاعدة فقهية ، أو قياس ظاهر جلى .

ثانيا أنواعه :

يتنوع الإستحسان بالنظر إلى مستنده إلى أنواع سته هى : إستحسان بالنص ، وإستحسان بالإجماع ، وإستحسان بالضرورة ، وإستحسان بالعرف ، وإستحسان بالمصلحة ، وإستحسان بالقياس الخفى ، وإليك بيان كل نوع فيما يلى :

النوع الأول الإستحسان بالنص :

يتحقق هذا النوع فى كل مسألة ورد فيها نص خاص يتضمن حكما مغايرا للحكم الثابت لها ولنظائرها بمقتضى النص العام أو القاعدة العامة المقررة .

ومن أمثلتة أن الوصية تملك مضاف إلى زمن يأتى بعد وفاة الموصى ، وهذا الزمن هو زمن زوال الملكية .

ولما كانت القاعدة العامة المقررة فى التمليك أنه لا تجوز إضافته إلى زمن زوال الملك . كان مقتضى ذلك عدم صحة الوصية ، إلا أنه قد عدل عن الحكم ببطلان الوصية ، إلى الحكم بصحتها لوجود دليل خاص إقتضى هذا العدول وهو قول الله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ .

فالإستحسان فى هذا المثال هو العدول عن الحكم ببطلان الوصية إلى الحكم بصحتها ، وذلك للنصوص الخاصة القاضية بصحتها .

النوع الثاني : الإستحسان بالإجماع .

يتحقق هذا النوع بإفتاء جميع المجتهدين في مسألة بحكم على خلاف مقتضي القاعدة العامة المقررة في نظائرها ، أو بسكوتهم وعدم انكارهم لما يفعله الناس إذا كان ما يفعلونه مخالفا لقاعده من القواعد العامة المقررة .

ومن امثلة هذا النوع أن القاعدة العامة المقررة في البيع تقتضي بطلان عقد الاستصناع لانعدام محل العقد وقت التعاقد ، والعقد على المعدوم لا يجوز ، إلا أن الناس تعارفوا هذا النوع من التعامل في جميع العصور ، ولم ينكر عليهم أحد من المجتهدين ذلك فكان هذا إجماعا منهم على جوازه .

فالإستحسان في هذا المثال هو العدول عن الحكم ببطلان عقد الاستصناع الى الحكم بصحته ، لوجود الإجماع على هذا الجواز من المجتهدين .

النوع الثالث : الاستحسان بالضرورة .

يتحقق هذا النوع في كل مسألة يترتب علي العمل فيها بمقتضي الدليل العام لحوق ضيق وحرج شديدين بالناس فيترك العمل فيها بمقتضي هذا الدليل تفاديا للضرورة ورفعا للحرج عن الناس .

ومن امثلة هذا النوع إجازة الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، للشهادة بالسماع في بعض الأمور كالنسب والولادة والموت ، والزواج وذلك استثناء من القاعدة العامة المقررة في الشهاده وهي عدم صحتها إلا بمارأه الشاهد أو سمعه بنفسه .

لأن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس . وقد تتعلق بها أحكام تبقي على مدى الدهر ، فإذا لم تصح فيها الشهادة بالتسامع لو قع الناس في حرج وضيق ، فدفعا لذلك أجاز هؤلاء الفقهاء فيها الشهادة بالتسامع . فالاستحسان في هذا المثال هو : العدول عن الحكم بعدم صحة الشهادة بالسماع إلى الحكم بصحتها . ووجه هذا العدول هو : الضرورة ورفع الحرج ؟.

النوع الرابع : الإستحسان بالعرف .

يتحقق هذا النوع في كل تصرف اعتاده الناس وتعارفوه ، إذا كان هذا التصرف يخالف نصا عاما ، أو قاعدة عامة . ومن امثلة هذا النوع أن القاعدة العامة المقررة في الوقف هي : أن يكون على سبيل التابيد ، وكان مقتضاها عدم جواز وقف المنقول استقلالا عن العقار ،إلا ان الامام محمد ابن الحسن اجاز وقف المنقول الذى تعارف الناس على وقفه كالات الحرب ،

والكتب . فالإستحسان في هذا المثال هو : العدول عن الحكم بعدم صحة وقف المنقول المتعارف على وقفه الىالحكم بصحته، ووجه هذا العدول هو العرف.

النوع الخامس : الاستحسان بالمصلحة .

يتحقق هذا النوع في كل مسالة ثبت لها حكم بمقتضي النص العام ، أو القاعدة العامة المقررة .ولكنه ووجدت مصلحة تقتضي استثناؤها من هذا الحكم واعطائها حكما على خلافه .

ومن أمثله هذا النوع أن القاعدة المقررة في الضمان هي عدم تضمين الأمين لما تحت يده من مال للغير إلا إذا تعدى أو فرط في الحفظ ، وكان مقتضي هذه القاعده عدم ضمان الصناع لما تحت أيديهم إلا إذا وجد منهم تعد أو تفريط ، إلا أن أبا يوسف ومحمد أفتيا بوجوب الضمان عليهم إلا أذا كان الهلاك من شئ لا يمكن الاحتراز منه أى نتيجة قوة قاهرة . هذا على خلاف ما تقضي به القاعدة السابقة في الضمان .

فالاستحسان في هذا المثال هو العدول عن الحكم بعدم ضمان الصناع الى الحكم بضمانهم . ووجه ذلك هو المصلحة المترتبة علة تضمينهم وهي المحافظة على أموال الناس .

سادسا : الاستحسان بالقياس الخفي .

يتحقق هذا النوع في كل مسألة اجتمع فيها قياسان متعارضان : أحدهما : ظاهر جلي ، والثاني : خفي لايتبادر إلي الذهن إلا بعد التفكير وإمعان النظر يترك المجتهد القياس الظاهر الجلي ، ويعمل بالقياس الخفي لقوته وضعف القياس الظاهر .

ومن أمثلة هذا النوع أن الحكم المقرر - عند الحنفية — عدم دخول حقوق الانتفاع في بيع الأراضي الزراعية إلا بالنص عليها في العقد .

ودخول هذه الحقوق في عقد إيجار هذه الأراضي حتي ولو لم ينص عليها فيه وهناك تصرف ثالث وهو الوقف ، هذا التصرف يشبه كلا من البيع والأجارة ، فهو يشبه البيع من جهة أن كلا منهما يخرج العين من ملك صاحبها ، ويشبه الأجارة من ناحية أن كلا منهما يفيد ملك الإنتفاع بالعين دون ملك العين نفسها .

وينبني على هذا الشبه إجتماع قياسين متعارضين فى وقف الأراضى الزراعية :

الأول : قياس وقفها على البيع ، ومقتضاه عدم دخول حقوق الإرتفاق فى الوقف إلا إذا نص عليها من الواقف فى العقد كما هو الشأن فى البيع .

الثانى : قياس وقفها على الإجارة ، ومقتضاه دخولها في الوقف حتى ولو لم ينص على دخولها فيه كما هو الحكم فى الإجارة .

ولما كان شبه الوقف بالبيع أظهر من شبهه بالإجارة، كان قياس الوقف على البيع هو الظاهر ، أما قياسه على الإجاره فهو الخفى ، وقد رجح الحنفية هذا القياس الخفى على القياس الظاهر لقوة القياس الخفى وضعف القياس الظاهر الجلى ، لأن الإنتفاع بالوقف لا يتأتى إلا بهذه الحقوق ، فكان شبه الوقف بالإجارة أقوى من شبهه بالبيع .

فالإستحسان فى هذا المثال هو : العدول عن الحكم بعدم دخول حقوق الإرتفاق فى الوقف إلا بالنص عليها فى العقد إلى الحكم بدخولها فيه حتى

ولو لم ينص عليها فيه . ووجه هذا العدول هو : ترجيح القياس الخفى على القياس الظاهر الجلى لقوة الاول وضعف الثانى .

المبحث الثالث
فى
حجية الإستحسان

إتفق أئمة المذاهب الأربعة على حجية الإستحسان والعمل به ، حتى الإمام الشافعى نفسه الذى أشتهر عنه إنكار الإستحسان وقال قولته المشهورة " من أستحسن فقد شرع " قد ثبت عنه القول به فى بعض المسائل . منها أنه أستحسن جواز الإستحمام فى الحمامات المعدة لإستئجارها لهذا الغرض من غير تقدير الأجرة ولا مدة المكث فى الحمام ، ولا كمية الماء المستهلك ، وجواز الشرب من أيدى السقائين دون تقدير الماء المشروب وثمنه . لأن التقدير فى مثل هذا قبيح عادة .

فإستحسنوا ترك المضايقة فيه وهو إستحسان مستند إلى العرف على خلاف ما تقضى به القواعد العامة المقررة فى البيع والإجارة .

أما إنكار الشافعى للإستحسان فيحمل على الإستحسان بمعنى آخر يختلف عما يريده القائلون بحجيته، ومع إستناد الإستحسان إلى هذه الأدلة المذكورة ، إلا أن الحكم الثابت به هو الواجب العمل به . لأنه هو الحكم المستحسن .

الفصل الثامن
في
العرف

يتقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : في تعريف العرف وأنواعه

المبحث الثاني : في حجية العرف .

المبحث الثالث : في شروط اعتبار العرف

المبحث الأول
في
تعريف العرف وأنواعه

أولا : تعريف العرف .

العرف له تعريف في اللغة وآخر في الإصلاح ، وإليك بيان هذين التعريفين :-

(أ) في اللغة : يطلق العرف لغة على المعروف أى غير المنكر، تقول : صنع فلان عرفا مع فلان أى صنع معه معروفا ، ومنه قوله تعالي : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾

(ب) في الإصطلاح : هو ما تعارف عليه جمهور الناس ، واستقامت عليه أمورهم من فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معني خاص بحيث لا يتبادر إلى الذهن غيره .

ثانيا : أنواعه .

يتنوع العرف إلى نوعين : صحيح ، وفاسد ، فالصحيح : ماتعارفه جمهور الناس ، ولم يكن فيه مخالفة لدليل ، و لا تفويت لمصلحة ولا جلب لمفسدة وهو الذى يبني عليه الأحكام . أما الفاسد فهو الذى يخالف نصا قطعيا من الكتاب أو السنة ، كتعارف البعض أكل الربا ، وخروج النساء كاسيات عاريات ، وهذا العرف لا يعتد به مطلقا . والعرف الصحيح يتنوع إلى عرف عام ، وآخر خاص ، كما ينقسم الى عرف عملي ، وآخر قولي وإليك بيان هذه الأنواع الأربعة :-

١) **العرف العام** : هو ما تعارفه الناس فى زمن من الأزمنة من قول أو فعل كتعارفهم عقد الاستصناع ، والبيع بالتعاطي ، وعدم اطلاق إسم اللحم على السمك مع أن اللغة لا تمنع ذلك وقد سماه القرآن الكريم لحما فقال تعالى: **﴿ وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا ﴾**

٢) **العرف الخاص** : هو ما تعارفه أهل طائفة معينة أو أهل بلد واحد ، كتعارف التجار إثبات ديونهم على عملائهم التجار فى سجلات خاصة دون اشهاد عليها ، أو كتابة عليهم ويجعلون هذا حجة فيما بينهم .

٣) **العرف العملي** : هو ما اعتاده الناس من عمل شاع بينهم كتعارفهم دخول الحمامات العامة من غير تعيين مدة المكث فيها أو كمية الماء المستعمل.

٤) **العرف القولى** : هو تعارف الناس إطلاق لفظ على معني خاص ، بحيث لا يتبادر إلى الفهم عند سماعه غيره . وذلك كإطلاقهم لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه يشمل النوعين لغة ، وقد أطلق القرآن الكريم لفظ الولد عليهما فقال تعالى **﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾**

المبحث الثانى
فى
حجية العرف

اتفق الجمهور على حجية العرف ، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والمعقول وإليك بيان هذه الأدلة : -

أولا : القرآن الكريم .

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**﴾

قال القرافي : **فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية .**

ثانيا : السنة المطهرة .

١) قول الرسول صلي الله عليه وسلم " **ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن** " .

فهذا الحديث يدل على ان الأمر الذى يجرى عليه عرف المسلمين ويرون حسنه ، يكون عند الله أمرا حسنا ومعمولا به .

٢) قول الرسول صلي الله عليه وسلم لهند زوج ابى سفيان حينما استكت إليه بخل زوجها عليها بالنفقة : **خذى من مال ابى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف** . قال القرطبي : **في هذا الحديث** اعتبار العرف في الشرعيات .

ثالثا : المعقول .

قالوا : إن فيى إقرار الناس على ما تعارفوا علية ، تسهيل عليهم ، ورفع الحرج عنهم ، ورفع الحرج نوع من المصلحة التى شرعت الأحكام من أجلها

المبحث الثالث
في
شروط لعتبار العرف

يشترط لاعتبار العرف فى التشريع توافر الشروط الآتية : -

الشرط الأول : ألا يناقض نصا من النصوص القطعية ، أو قاعدة من قواعد الشرع الأساسية . وعلى ذلك . لا عبرة بما تعارف عليه الناس من التعامل بالربا . لأنه عرف فاسد لمصادمته مع قول الله تعالى : ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ .

الشرط الثاني : أن يكون مطردا ، اى يجرى عليه الأمر فى الحوادث كلها ، او غالبا ، أى يجرى عليه الأمر فى أغلبها فإذا لم يتحقق إطراده ولا غلبته ، فإنه لا يكون معتبرا ولا يعتد به ، وذلك كأن يجرى عليه الناس فى بعض تصرفاتهم ويتركونه فى بعضها الآخر . وذلك كما لو كان الناس فى بلد معين يقسمون المهر إلى معجل ومؤجل فى بعض عقود الزواج ، ويعجلون المهر كله فى بعضها الآخر. ففى هذه الحالة لا اعتبار لهذا العرف. لأن عمل الناس بمقتضي العرف أحيانا إذا كان يصلح دليلا على اعتباره ، فإن تركهم العمل بمقتضاه أحيانا أخرى ينقض هذه الدلالة .

الشرط الثالث : أن يكون مقارنا للمسألة المراد بناء حكمها عليه ، فلا عبرة بالعرف الطارىء المتاخر . فلو كان هناك عرف عند إنشاء تصرف معين ، ثم حدث عرف آخر بعد ذلك ، فإن العرف الواجب مراعاته فى هذا التصرف هو الذى كان موجودا وقت إنشائه ، ولا عبرة بالعرف الحادث بعد ذلك .

الشـرط الرابع : الا يكون هناك اتفاق يخالف العرف . فإن جرى العرف بشيء ما ، ولكن المتعاقدين اتفقا على خلافه ن فإن العبرة تكـون بهـذا الاتفاق ، ولاعبرة بالعرف . فلو كان العرف يقضي بأن الخاطب يسترد الهدايا عند عدوله عن الخطبة ، ولكن وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك . فإن العبرة تكون بالإتفاق ، أما العرف فلا يعتد به .

الفصل التاسع
في
الشرائع السابقة على الإسلام

أولا : المراد بالشرائع السابقة .

هي ما شرعه الله عز وجل من أحكام للأمم السابقة على لسان رسله المرسلين الى هذه الأمم . كإبراهيم ، وموسى، وعيسى، عليهم السلام .

ثانيا : أقسام الأحكام الواردة فيها .

تنقسم هذه الأحكام الى قسمين هاك بيانهما :-

القسم الأول : أحكام لم تذكر فى القرآن الكريم . ولا فى السنة المطهرة ، وهذه لا تكون شرعا بالاتفاق . لعدم الثقه فى نقلهم .

القسم الثاني : احكام ذكرها القرا ن الكريم أو السنة المطهرة وهذه تتنوع إلى انواع ثلاثة :-

الأول : أحكام كانت مشروعة للأمم السابقة ، ولكنها رفعت عنا بدليل ، فهذه لا تكون شرعا لنا بالاتفاق ايضا . ومن هذه الأحكام ما يلي :-

١) قول الله تعالي ﴿ **فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم ذلكم خير لكم عند بارئكم** ﴾ فهذه الأية الكريمة تبين ما كان فى شريعة موسى عليه السلام من أنه لا كفارة للعاصي إلا بقتل نفسه . وهذا الحكم رفعه الله عنا بالأدلة الكثيرة الدالة على ذلك .

٢) وقول النبي صلي الله عليه وسلم : "**نصرت بالرعب مسيرة شهر ، وجعلت لى الأرض مسجدا وطهورا . فأيما رجل من أمتى أدركته الصلاه فليصل ، وأحلت لى الغنائم ولم تحل لأحد من قبلي ، وأعطيت الشفاعة ، وكان كل نبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة**" .

فهذا الحديث يدل على نسخ بعض الأحكام التي كانت مشروعة في الديانات السابقة .

النوع الثاني : أحكام كانت مشروعة للأمم السابقة وقام الدليل على إقرارها ووجوب العمل بها على المسلمين ، وهذا النوع يلزمنا العمل به بالاتفاق كذلك لأن الإقرار صيرها من شريعتنا.ومن أمثلة هذا النوع ما يلي:-

١) الصوم فقد كان مكتوبا فى الشرائع السابقة وقد كتبه الله علينا ايضا ، قال تعالي :﴿ **يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون** ﴾

٢) الأضحية كانت مشروعة في شريعة ابراهيم عليه السلام ، وشرعت ايضا بالنسبة لنا وذلك بقول الرسول صلي الله عليه وسلم : "**ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم عليه السلام**" .

النوع الثالث : احكام كانت مشروعة على الأمم السابقة ن وذكرت فى القرآن الكريم ، أو السنة المطهرة ، ولم يرد معها ما يقرها أو ينسخها . وهذا النوع اختلف الفقهاء فى حجيته ولهم فيها اتجاهان ماك بيانهما :-

الاتجاه الأول : ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية ، إلى أنه يكون شرعا لنا ويلزمنا العمل به واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة واليك بيان هذه الأدلة :-

أولا : القرآن الكريم .

١) قوله تعالى ﴿ **شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك ، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه** ﴾ فهذه الأية الكريمة تقرر وحدة الشرائع السماوية، واتحاد أحكامها .وإذا كانت واحدة فى الأصل فإنها تكون ثابتة على الجميع إلا ماقام فيه الدليل على أنه شريعة وقتية خاصة بأمة من الأمم ، أو قام الدليل على نسخه فى الشريعة الاسلامية ، فإذا إنتفي هذا الدليل كان حكم الأصل ثابتا .

٢) وردت آيات كثيرة تفيد الإقتداء بالأنبياء السابقين ، كقوله تعالى : ﴿ **أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده** ﴾ وقوله سبحانه ﴿ **ثم اوحينا إليك ان اتبع ملة ابراهيم حنيفا** ﴾ ومعني ذلك أن شرع من قبلنا يكون شرعا لنا ، فما لم يصرح بنسخه منه يلزمنا العمل به .

ثانيا : السنة المطهرة .

١) قول النبي صلي الله عليه وسلم : **من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها** . ثم تلا قوله تعالي ﴿ **واقم الصلاة لذكرى** ﴾ فهذه الأية الكريمة خطاب لموسى عليه السلام ذكرها الرسول صلي الله عليه وسلم فى معرض الاستدلال على وجوب قضاء الصلاة عند تذكرها ، ومن هنا كان هذا الحديث دليلا على أن شرع من قبلنا يكون شرعا لنا ما لم يرد ما ينسخه .

٢) لقد صح أن النبي صلي الله عليه وسلم صام يوم عاشوراء لما أخبر بصيام اليهود له وذلك إقامة لسنة سيدنا موسى عليه السلام وقال : أنا احق بهذا

الإتجاه الثاني : وذهب بعض العلماء منهم الامام أحمد فى رواية إلى أن هذا النوع لا يكون شرعا لنا واستدلوا على ذلك بما يلي :-

١) ان الشرائع السابقة كانت مؤقتة بزمن معين ، وخاصة بأمم معينة أما شريعتنا فجاءت عامة وناسخة لما سبقها من شرائع فما لم يرد دليل خاص على إقرار الحكم المروى فى الشرائع السابقة لا يجب علينا العمل به . قال تعالي ﴿ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ﴾

٢) حديث معاذ بن جبل - السابق ذكره - فإنه لم يذكر شرع من قبلنا من بين الأدلة التى يرجع إليها فى الاستنباط ، وقد أقره الرسول صلي الله عليه وسلم على ذلك ، فلو كان شرع من قبلنا شرعا لنا لما أقره الرسول صلي الله عليه وسلم على ذلك ، فدل ذلك على أنه لا يكون شرعا لنا . والراجح هو الاتجاه الأول وذلك لما يلي :-

١) إن بيان القرآن الكريم لحكم شرعى سابق دون نص على نسخه ورفعه عنا يكون تشريعا ضمنيا للمسلمين . لأنه حكم إلهي بلغه الرسول صلي الله عليه وسلم .

٢) ورد أن الرسول صلي الله عليه وسلم كان يحب موافقة اهل الكتاب فيما لم ينزل عليه فيه شئ كما فى صوم عاشوراء حينما وجد يهود المدينة يصومونه فصامه وقال : نحن أحق بموسى منكم . وأمر بصيامه .

امثلة لأحكام بنيت على الشرائع السابقة :-

١) قرر الأحناف قتل المسلم قصاصا بالذمى واستدلوا على ذلك بقوله تعالي ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾

٢) استدل الفقهاء على جواز قسمة المهاياة الزمينه بقوله تعالى : ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر﴾ .

٣) استدل الجمهور على جواز الجعالة بقوله تعالي ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾

رجوع الشرائع السابقة إلى الكتاب أو السنة :-

إن الشرائع السابقة ليست دليلا مستقلا بذاته ، لأنه فى الحقيقة يرجع إلى القرآن أو السنة المطهرة . لذلك لا يعمل به وحده وإنما لابد من ورود ما يدل عليه فى النصوص الواردة فى الكتاب أو السنة ، ومن هنا يكون الاستدلال فى حقيقته استدلالا بالكتاب أو السنة .

الفصل العاشر
فى
سد الذرائع

ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : فى تعريف سد الذرائع .

المبحث الثاني : في أنواع الأفعال الجائزة باعتبار ادائها إلى المفسدة .

المبحث الثالث : في حجية سد الذرائع .

المبحث الأول
فى
تعريف سد الذرائع

الذرائع جمع ذريعة ولها تعريف فى اللغة وآخر فى الإصطلاح وإليك بيان هذين التعريفين :-

أ - فى اللغة : هي الوسيلة التى يتوصل بها إلى شئ آخر ، خيرا كان أو شرا وسدها معناه : منعها بالنهي عنها .

ب - فى الإصطلاح : منع الأفعال الجائزة التى يتوصل بها إلى الممنوع شرعا والأفعال المؤدية إلى المفاسد تتنوع إلى نوعين :-

الأول : أفعال تؤدى إلى المفاسد بذاتها كالقتل بغير حق فإنه يؤدى إلى ضياع النفوس . وهذا النوع من الأفعال ممنوع شرعا باتفاق العلماء . لأنها محرمة لذاتها ، ولايدخل هذا المنع فى دائرة سد الذرائع .

الثاني : أفعال لا تؤدى إلى المفاسد بذاتها ، وإنما يتوصل بها إلى شئ أخر يؤدى إلى المفسدة . وهذه الأفعال هي التى تدخل فى دائرة سد الذرائع .

المبحث الثاني
فى
أنواع الأفعال الجائزة باعتبار أدائها إلى المفسدة

تتنوع هذه الأفعال بهذا الإعتبار إلى ثلاثة أنواع :-

النوع الأول : أفعال يندر أن تودى إلى مفسدة . وهذا النوع لا يمنع بالاتفاق . لرجحان المصلحة على المفسدة . ومن أمثلة هذا النوع زراعة العنب فيها منافع كثيرة . ولكن ربما يصنع منه الخمر ، وعلى الرغم من ذلك فإن زراعته جائزة وليست ممنوعة باتفاق العلماء لرجحان المصلحة فيها على المفسدة .

النوع الثاني : أفعال كثيرا ما تودى إلى مفسدة . وهذه تمنع بالاتفاق وإن اختلفوا فى سبب المنع . ومن أمثلة هذا النوع بيع العنب لمن يصنع منه الخمر ، وتوكيل الغير لدفع رشوة ، وتأجير العقار لمن يزاول فيه الحرام .

النوع الثالث : أفعال اتخذت وسيلة إلى غيرما شرعت له . ومن أمثلة هذا النوع زواج المحلل فان الزواج ذاته مشروع إلا أنه هنا لم يعقد من أجل ما شرع له وهو تكوين الأسرة وأنجاب الأولاد على سبيل الدوام وغير ذلك . وهذا النوع من الافعال يمنع باتفاق العلماء إذا تبين أن الغرض منها التوصل إلى فعل المحرم . لأن الاتيان بها فى هذه الحالة يكون ستارا وحيلة لارتكاب الحرام .

والقاعده الشرعية تقول : إن ما يوصل إلى الحرام فهو حرام . أما إذا لم يتضح أن الغرض منها ذلك فإنها لا تمنع باتفاقهم أيضا .

المبحث الثالث
في
حجية سد الذرائع

اتفق العلماء على حجية سد الذرائع وأنها أصل من اصول التشريع واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة وإليك بيان هذه الأدلة :-

أولا : القرآن الكريم .

١) قوله تعالي: ﴿ **ولا تسبوا الذين يدعو من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم** ﴾ ووجد الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل نهي المؤمنين عن سب آلهة المشركين حتى لا يكون ذلك ذريعة لسب الله عز وجل . وهذا يدل صراحة على المنع من الفعل الجائز - وهو سب الآلهة الحقيرة - إذا ترتب على فعله فساد أكبر - وهو سب المولى عز وجل .

٢) وقوله عز وجل : ﴿ **ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن** ﴾ ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل ينهى المؤمنات عن ضرب الأرض بالأرجل أثناء المشي حتى لا يسمع الرجال صوت خلاخيلهن . لانه يكون ذريعه الى تطلع الرجال لهن . وتحريك الشهوات الكامنة ، وايقاظ المشاعر النائمة .

ثانيا : السنة المطهرة .

١) نهى الرسول صلي الله عليه وسلم الدائن عن أن يأخذ هدية من مدينه . لئلا يكون ذلك ذريعة إلى الربا واتخاذ الهدايا بدلا منه .

٢) امتنع الرسول صلـي اللـه عليـه وسـلم عـن قتـل المنـافقين مـع ظـهور نفاقهم ، وتحقق ما يبيح قتلهم . وذلك لما يترتب على قتلهـم مـن ضـرر أكـبر وهو : تنفير الناس من الاسلام حينما يسمعون أن محمدا يقتل أصحابه .

سد الذرائع والمصلحة المرسلة .

إن سد الذرائع ليس حجة مستقلة وإنما هـو راجـع إلـى المصلحـة . إذ هـو منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد ودفـع المفاسـد نـوع مـن المصلحـة المرسـلة التى هي جلب المنفعة ودفع المفسدة . فأعتبارها متمم لأصل المصالح ومكمـل له .

الفصل الحادي عشر
في
الاستصحاب

ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : في تعريف الاستصحاب وأنواعه

المبحث الثاني : في حجية الاستصحاب .

المبحث الثالث : في القواعد المبنية على الإستصحاب وتطبيقاتها .

المبحث الأول
فى
تعريف الإستصحاب وأنواعه

أولا : تعريفه . الإستصحاب له تعريف فى اللغة ، وآخر فى الإصطلاح وإليك بيان هذين التعريفين :-

أ) في اللغة . مأخوذ من المصاحبة وهي الملازمة وعدم المفارقة .

ب) فى الإصطلاح . هو الحكم ببقاء أمر ما فى الزمن الحاضر بناء على ثبوته فى الزمن الماضي ، إلى أن يقوم الدليل على تغييره .

فإذا ثبت أمر من الأمور في وقت معين ، ثم حصل الشك فى عدمه ، فإنه يحكم بثبوته فيما بعد ذلك حتى يوجد دليل يغيره. وإذا انتفي أمر من الأمور ، ثم حصل الشك فى وجوده ، فإنه يبقي منتفيا حتى يرد دليل على ثبوته .

فلو تزوج إنسان فتاة على أنها بكر ، ثم ادعى أنها ثيب بعد الدخول بها فإن دعواه لا تقبل إلا ببينة ، لأن البكارة صفة أصلية ثابتة من وقت الولاده ، فتستصحب إلى وقت الدخول حتى تقوم البينة على عدمها .

ثانيا : أنواعه .

يتنوع الاستصحاب باعتبار الحكم المستصحب إلى ثلاثة أنواع هاك بيانها :-

النوع الأول : استصحاب الحكم الأصلي للأشياء وهو الإباحة أذا انتفي الدليل على خلافه . وهذا النوع يعمل به بالإتفاق . فقد ذهب الجمهور إلى أن

الأصل فى الأشياء التى لم يـرد عن الشـارع فيهـا حكـم معيـن هـو : الاباحـة والإذن . واستدلوا على ذلـك بأدلـة كثيرة منهـا قولـه تعـالي : ﴿ هو الذى خلق لكم ما فـى الأرض جميعا ﴾ وقولـه سبحانه : ﴿ وسخر لكم ما فـى السماوات وما فى الأرض جميعا منه﴾

النوع الثاني . استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي . وذلك كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق حتى يوجد دليل التكليف . وهذا النوع اتفق العلماء أيضا على العمل به . فمـن كـان صغير ابرئت ذمته من التكاليف حتى يبلغ . وإذا ادعي إنسان دينـا علـى آخـر ، ولـم يكـن لديـه دليـل عليه ، فإن ذمته تكون بريئة منه إلى أن تقوم البينة عليه .

النوع الثالث : استصحاب ما دل العقل أو الشرع على ثبوته لوجـود سببه إلى أن يقوم الدليل على زواله . وقد اتفق العلماء كذلك على العمـل بـه . فلـو تزوج إنسان فتاة فإنـه يحكـم ببقـاء الزوجيـة حتـى يقـوم الدليـل علـى حصـول الفرقة . واذا تطهر إنسان ثبتت طهارته إلى أن يقوم الدليل على زوالها .

المبحث الثاني
في
حجية الإستصحاب

اتفق العلماء على حجية الإستصحاب ووجوب العمل به واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :-

١) أن إبقاء الأمر الثابت في الزمن الماضي أمر بديهي يجرى عليه عمل الناس دائما . ومن ذلك أنهم يحكمون بحياة من يسافرون من بينهم ويتصرفون على أساس ذلك ، فيراسلونهم وينتظرون مجيئهم حتى يقوم الدليل على وفاتهم .

٢) أن استقراء الأحكام الشرعية يظهر أن الشارع الحكيم يحكم ببقائها حتى يحدث ما يغيرها . فالخمر حرام إلى أن تصير خلا ، وعصير العنب حلال حتى يصير خمرا وهكذا .ولكن مع اتفاق العلماء على هذه الحجية إلا أنهم اختلفوا في مداها . ولهم في ذلك اتجاهان هاك بيانهما :-

الإتجاه الأول : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه حجة كاملة فتبقي به الحقوق الثابتة وتثبت به الحقوق الجديدة . فالمفقود يظل حيا بالاستصحاب حتى يقوم الدليل على وفاته ويكون له كل ما للأحياء من احكام ، فيرث من غيره ، وتثبت له الوصية ، وهذه حقوق جديدة ، وتبقي أملاكه على ذمته دون أن تقسم على الورثة ، وتبقي زوجته في عصمته . وهذه حقوق أبقاها الاستصحاب ومنع أنتقالها إلى غيره .

الاتجاه الثاني : وذهب الحنفيه والمالكية إلى انه حجة في الجانب السلبى فقط وليس حجة في الجانب الايجابي . فالاستصحاب يصلح حجة للدفع

لا للإثبات ، فيبقي الحقوق الثابتة فقط ويدفع ويمنع من يطلب زوالها ولا يثبت حقا جديدا لصاحبه لم يكن ثابتا له من قبل . فالمفقود تكون له كل الحقوق الثابتة من قبل حتى يقوم الدليل على وفاته أو يحكم بها القاضي ، فكان حيا بالنسبة لهذه الحقوق ، فلا تورث أملاكه ولا تتزوج امرأته . ولكنه لا يرث من غيره ، وإنما يحجز نصيبه احتياطا حتى تتضح حياته من مماته ، ولا تئول إليه وصية . لأن هذه حقوق جديده تحتاج إلى دليل على حياته .

المبحث الثالث
فى
القواعد المبنية علي الاستصحاب وتطبيقاتها

من القواعد التى بناها الفقهاء على الاستصحاب ما يلي :-

١) الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره . وينبنى على هذه القاعدة أن المفقود تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على وفاته أو يحكم بها القاضي . لأن حياته كانت ثابتة بيقين عند غيبته فيحكم ببقائها حتى يوجد الدليل على وفاته أو يحكم بها القاضي .

٢) الأصل فى الأشياء الإباحة . ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه لا جريمة إلا بنص ولا عقوبة إلا بقانون .

٣) الأصل فى الإنسان البراءة . من تطبيقات هذه القاعدة أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته .

٤) ما ثبت باليقين لا يزول بالشك ، ولا يزول إلا بيقين مثله .ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم .

وأخيرا هذه هي مقتطفات من الأدلة الشرعية ومنها يتضح صلاحية الشريعة للتطبيق فى كل زمان ومكان ، وانها ليست ـ كما يعتقد البعض ـ ضيقة المجال فلا تفي بأحكام الوقائع المتجددة .

٣٥٦م

النظريــات الفقهيــة العامــة

" المال ، الملك ، العقد "

الجزء الثاني

الأستاذ الدكتـور

محمـــود محمـد حســن

رئيس قسم الشريعة الإسلامية

عميد كلية الحقوق السابق

المحامى بالنقض والإدارية العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى صحابته والتابعين إلى يوم الدين.

وبعـــــــد

فإن الفقهاء الأوائل الذين أسسوا علم الفقه الإسلامي لم يقوموا بوضع نظريات تجمع القواعد العامة والأحكام المشتركة لموضوع واحد .

ويرجع ذلك إلى طبيعة المرحلة التى تأسس فيها هذا العلم ، حيث كانت غايتهم بيان أحكام الوقائع الجزئية التى حدثت فى حياتهم أو من المفترض حدوثها .

ولما لم يجد العلماء والباحثون فى العصر الحاضر شيئا يضاف إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامى من شمولية ودقة وعمق ، اهتموا بوضع نظريات عامة تجمع الأحكام المشتركة والقواعد العامة لموضوع معين كنظرية المال ، ونظرية الملك ، ونظرية العقد ، نظرية الضرورة ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق وغير ذلك من النظريات .

هذا وقد قسمت هذا الكتاب إلى ثلاث أقسام :

القسم الأول : فى المال .

القسم الثانى : فى الملك .

القسم الثالث : فى العقد .

نسأل الله عز وجل أن يجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم إنه سميع مجيب .

المؤلف

القسم الأول

فى

المـــــال

﴿المال﴾

تعريف المال : المال فى اللغة : ما يملك من كل شئ [١] ، فيشمل الذهب والفضة ، والحيوان والنبات ، والأرض الزراعية ، والأراضى المخصصة للبناء ، ويشمل كذلك العقارات والمنقولات .

أما فى الاصطلاح فقد عرفه الحنفية بأنه : " اسم لغير الآدمى خلق لمصالح العباد ، وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار" [٢].

وعلى ذلك فللمال ركنان عندهم : الأول : إمكان حيازته وإحرازه ، والثانى : إمكان الانتفاع به على الوجه المعتاد .

وعرفه جمهور الفقهاء بأنه : ما يجرى فيه البذل والمنع [٣].

وعلى ذلك فالمال عندهم يشمل الأشياء المادية ، كالذهب والفضة ، كما يشمل المنافع من سكنى الدور وزراعة الأرضين ، وركوب وسائل المواصلات ونحو ذلك .

أما عند الحنفية فالمال لا يشمل المنافع لأنه لا يمكن حيازتها واحرازها ، واكتفى الجمهور بحيازة أصلها فقط حتى تعد مالا .

وهل الحقوق تدخل فى المال ؟

اتفق الفقهاء على أن الحقوق التى لا تتعلق بالمال وهى الحقوق الشخصية

---

(١) القاموس المحيط .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥، ص ٢٥٦ وما بعدها،وانظر ابن عابدين جـ ٤٥ ص ٣.

(٣) حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٩ ، روضة الطالبين جـ٣، ص ٣٥٠ ، كشاف القناع حـ٣ ، ص ١٥٢ .

كحق الحضانة ، والولاية ، وحق القصاص والعفو عنه . لا تعد مالا مطلقا ، لذلك لا تورث مطلقا .

كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بالأعيان تعلق استقرار واستمرار ، تعد أموالا وهى ما يسمى بحقوق الارتفاق .

أما الحقوق التى لها شبهان : شبه بالحقوق الشخصية ، وشبه بالحقوق المالية ، كحق الشفعة فقد اختلف الفقهاء فيها .

فمن غلب الجانب الشخصى على الجانب المالى قال بأنها لا تعد مالا وبالتالى لا تنتقل إلى الورثة وهم الحنفية ، ومن غلب الجانب المالى على الجانب الشخصى قال بانتقالها إلى الورثة وهم الجمهور .

خصائص المال

للمال عدة خصائص فى الفقه الإسلامى منها ما يلى :

١- أن يميل إليه الطبع ، ويجرى فيه البذل والمنع ، فحبة القمح أو الأرز مثلا ، وحفنة التراب لا تعد مالا ، لعدم ميل الطبع إليها ، وعدم جريان البذل والمنع فيها .

٢- أن يكون من الأشياء التى يمكن حيازتها واحرازها : فما يستحيل حيازته واحرازه لا يعد مالا ، كضوء الشمس والقمر .

٣- أن يكون قابلا للانتفاع به فى حالة الاختيار ، فما لا ينتفع به أصلا كالميته ، ولحم الخنزير ، لا يعد مالا ، وكذلك ما ينتفع به فى حالة الضرورة فقط لا يعد مالا . لأن هذا الانتفاع لا يعتبر دليلا على ماليته .

٤- أن يكون من الأشياء الموجودة على ظهر الأرض من غير الإنسان. لأن الآدمى كرمه الله عز وجل حيا وميتا فلا يباع ولا يشترى . قال الله تعالى : ﴿ولقد كرمنا بنى آدم﴾ .

أقسام المال

ينقسم المال إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة ، فباعتبار ما يكون له من صيانه وحرمة ينقسم إلى : **مال متقوم وغير متقوم** . وباعتبار الاستقرار فى مكانه وعدم الاستقرار ينقسم إلى : **عقار ومنقول** : وباعتبار تماثل آحاده وتفاوتها ينقسم إلى : **مثلى وقيمى** . وباعتبار استهلاك عينة بالانتفاع وعدم استهلاكها ينقسم إلى : **استهلاكى واستعمالى** . وباعتبار كونه مملوكا للأشخاص أو ليس مملوكا لهم ينقسم إلى : **خاص وعام** . وباعتبار كونه معدا للاستنماء والاستثمار أو غير معد لذلك ينقسم إلى : **مال نام ومال غير نام** . وباعتبار كونه خفيا أو ظاهرا ينقسم إلى : **دين وعين** .

وإليك الكلام عن كل قسم من هذه الأقسام وما يترتب عليه من أحكام .

أولا : المال المتقوم وغير المتقوم

المال المتقوم هو : ما حازه الإنسان وأحرزه بالفعل وأمكن الانتفاع به شرعا فى حال السعة والاختيار .

وعلى ذلك فلكى يكون المال متقوما لا بد من توافر ركنين :

الأول : حيازته واحرازه فعلا . فجميع ما يملكه الإنسان وينتفع به يعد مالا متقوما متى كان فى حيازته وتحت يده .

الثانى : اباحة الانتفاع به فى حال الاختيار : فما حرمه الشارع الحكيم فى

هذه الحال ، لا يعد مالا متقوما فى حق المسلم . حتى لو كان فى حيازته وتحت يده ، كالخمر والخنزير .

أما المال غير المتقوم فهو : ما لم يحزه الانسان ولم يحرزه ، أو حازه وأحرزه ، ولكن الشارع حرم الانتفاع به فى حال السعة والاختيار . وذلك كالأشياء المباحة إباحة أصلية ، كالسمك فى الماء ، والطير فى الهواء ، وكذلك الميته ، والخمر ، والخنزير فى حق المسلم كما سبق .

ما يترتب على هذا التقسيم :

يترتب على التقسيم السابق للمال ما يلى :

١- الضمان وعدمه :

فالمال المتقوم يضمن بالاتلاف ، أما غير المتقوم فلا ضمان فيه فى حق المسلم [٤].

٢- الصلاحية للتعامل عليه وعدمها :

فالمال المتقوم : يكون صالحا للتعامل عليه ، ومباشرة جميع العقود والتصرفات فيه . أما غير المتقوم فلا يكون صالحا لذلك مطلقا [٥].

ثانيا : العقار والمنقول

العقار هو : الأشياء التى لايمكن نقلها من مكانها إلى مكان آخر ، كالأرض والدور .

(٤) البدائع جـ٥ ، ص ١٦ ، الأم حـ ٤ ، ص ١٣١ ، المغنى جـ ٥ ، ص ٢٧١ ، أصول البزدوى، جـ٤ ص ١٤١٥ .

(٥) بداية المجتهد حـ٢ ، ص ١٢٤ .

أما المنقول فهو : الأشياء التى يمكن نقلها من مكان إلى آخر ، كالنقود والحيوانات ، والعروض ، والموزونات والمكيلات .

والمالكية يعرفون العقار بأنه : الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر ، أما المنقول فهو ما عدا ذلك .

فهم يعتبرون الأشياء التى يمكن نقلها مع تغير فى هيئتها ، وصورتها من قبيل العقار .

ما يترتب على هذا التقسيم :

يترتب على هذا التقسيم ما يلى :

١- حق الشفعة :

الشفعة هي : تملك العقار المبيع جبرا عن المشترى بالثمن الذى قام عليه .

فالشفعة لا تثبت إلا فى العقار لدفع ضرر الشركة أو الجوار ، ولا تثبت فى المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار .

٢- حقوق الارتفاق :

فهذه الحقوق لا تتقرر إلا لمالك العقار ، ولا تثبت إلا على العقارات .

٣- الوقف :

الوقف هو : حبس العين والتصدق بالمنفعة . وقد اتفق الفقهاء على وقف العقار ، أما المنقول فقد اختلفوا فى جواز وقفه وعدم جوازه .

فذهب الجمهور : إلى جواز وقف المنقول إذا كان مما ينتفع به مع بقاء أصله . لقوله ﷺ : " من احتبس فرسا فى سبيل الله ، ايمانا بالله ، وتصديقا

بوعده ، فإن شبعه وروثه وبوله كان فى ميزانه يوم القيامة " . وقوله ﷺ أيضا : " وأما خالد فقد حبس أدراعه واعتاده فى سبيل الله" .

وذهب جمهور الحنفية إلى أنه لا يجوز وقف المنقول إلا تبعا للعقار .

وذهب محمد بن الحسن إلى جواز وقف المنقول الذى جرى العرف على وقفه . كالمصاحف وكتب العلم ونحو ذلك (٦).

٤- تصرف الوصى فى مال القاصر :

لا يجوز للوصى أن يبيع عقار القاصر إلا إذا كانت هناك مصلحة ظاهرة ، أو ضرورة تقتضى ذلك ، بعكس الحال فى أمواله المنقولة (٧).

٥- بيع مال المدين جبرا عنه :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز الحجر على المدين بناء على طلب من الدائنين إذا استغرقت ديونهم جميع أمواله . وذلك لسداد ديونهم منها بعد بيعها جبرا عنه . فإذا حجر عليه ، بيعت أمواله المنقولة أولا ، فإن لم يف ثمنها لسداد الديون ، بيعت العقارات لهذا الغرض . لأن العقار لا يحتاج إلى نفقه ، كما أنه لا يتعرض للتلف أو السرقة بعكس المنقولات (٨).

---

(٦) ابن عابدين حـ٥ ، ص ١٨٩ ، حاشية الدسوقى ، جـ ٣ ، ص ٤٨٢، نهاية المحتاج جـ٥، ص ١٩٣ ، كشاف القناع ، حـ ٤ ، ص ١١٦ .

(٧) نظرية العقد للمؤلف ، ص ٩٣ وما بعدها ، المدخل للدكتور / حسين حامد ، ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٨) بداية المجتهد ، حـ ٢ ، ص ٢٨٣ ، فتح القدير ، حـ٧ ، ص ٣٢٨ ، مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ١٥٠ ، كشاف القناع ، حـ٣ ، ص ٣٦٢ .

ثالثا : المال المثلى والمال القيمى

المال المثلى هو : الذى لا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به فى المعاملات ، وكان له نظير فى السوق . كالموزونات المتحدة فى النوع ، والمكيلات ، والمعدودات التى تتقارب آحادها فى الحجم ، والمذروعات أى الأشياء التى تقاس بالذراع ونحوه ، على أن تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به .

أما المال القيمى فهو : الذى تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به فى المعاملات . أو كان مثليا ولكن لا نظير له فى الأسواق . **ومثال الأول :** الماشية ،والدور ، والأراضى ، **أما الثانى فمثاله :** التحف النادرة ، والآثار القديمة [٩].

ما يترتب على هذا التقسيم من آثار :

١- الضمان : المال المثلى يضمن بمثله ، أما القيمى فيضمن بقيمته [١٠].

٢- اختلاط المال بمال الغير : إذا اختلط مال إنسان بمال إنسان آخر وكان هذا المال مثليا كان لصاحبه أن يأخذه حتى ولو كان الإنسان الأخر غائبا ولا يلزم الحصول على إذن منه . أما إذا كان قيميا وتعذر تميزه عن مال الغير فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أخذ نصيبه إلا بقسمته وإفرازه بالتراضى ، أو بقضاء القاضى .

٣- الربا : يتحقق ربا الفضل فى حالة عدم التساوى بين البدلين فى المال المثلى ، أما المال القيمى فلا يتحقق فيه ذلك .

٤- البيع : فالمال المثلى يجوز أن يكون مبيعا كما يجوز أن يكون ثمنا .

---

(٩) ابن عابدين ، حـ٥ ، ص ١٦١ .

(١٠) تكملة فتح القدير ، حـ ٧ ، ص ٣٦٣ ، شرح منح الجليل ، جـ٢ ، ص ٥١٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٧١ ، كشاف القناع ، حـ٤ ، ص ٨٩ .

لان الثمن لابد أن يكون بما يصلح ثبوته دينا فى الذمة . والمال المثلى يصلح لذلك . أما المال القيمى فلا يصلح أن يكون ثمنا . لعدم صلاحيته لأن يكون دينا فى الذمة . مع أنه يصلح محلا للبيع .

رابعا : المال الاستهلاكى والمال الاستعمالي

المال الاستهلاكى هو : الذى يستهلك عندما ينتفع به ، سواء أكان استهلاكه حقيقيا بأن استهلك عينه كالمأكولات ، أم كان استهلاكا حكميا كالنقود فخروجها من يد مالكها يعد استهلاكا لها أيا كان الغرض من استعمالها [١١].

أما المال الاستعمالى فهو : الذى ينتفع به مع بقاء عينة ، كالعقارات ، والحيوانات ونحو ذلك ، فهذه الأشياء يمكن الانتفاع بها مرات متعددة مع بقاء عينها .

ما يترتب على هذا التقسيم :

١- القابلية لبعض العقود وعدم القابلية لذلك :

فالمال الاستهلاكى لا يرد عليه عقود المنفعة كالإجارة ، والإعارة . أما المال الاستعمالى فلا يرد عليه العقود التى يكون محلها الاستهلاك دون الاستعمال كالقرض .

٢- العقود التى يترتب عليها استهلاك المال فقط دون الاستعمال : يكون محلها مال استهلاكى كالقرض . لأن هدف المقترض سد حاجاته أولا ، ثم يرد مثل المال الذى اقترضه إلى المقرض عند حلول الأجل المتفق عليه .

أما إذا كان محل القرض مال استعمالى ، فإن العقد يكون عارية ، لا قرضا

---

[١١] المدخل إلى نظرية الالتزام للدكتور الزرقا ، ص ١٤٣ - ١٤٤ .

حتى ولو سمى بغير ذلك . لأن العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى.

خامسا : المال الخاص والمال العام

المال الخاص هو : ما كان مملوكا لشخص أو عدة أشخاص .

أما المال العام فهو : ما كان مملوكا لعامة الناس . ويتنوع هذا المال إلى نوعين : **الأول :** ما يباح تملكه وحيازته وإحرازه . وهو ما تعلقت حاجة جميع الناس بنوعه لا بعينه . كالأرض الموات ، والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء . فهذا النوع يجوز تملكه لمن يستولى عليه . **الثانى :** ما يباح الانتفاع به دون تملكه ، وهو ما تعلقت حاجة الناس جميعا بعينه ، وهذا النوع لا يجوز الاستئثار به لأنه مملوك لعامة الناس ، فإباحة تملكه ملكية خاصة يترتب عليها إلحاق الضرر بالعامة ، وتعطيل مصالحهم وقد نهى الشارع الحكيم عن الأضرار بالناس ، فقال ﷺ : "لا ضرر ولا ضرار" . كما أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالحهم . ومن أمثلة هذا النوع :الماء والكلأ ، والنار ، والطرق العامة ، والحدائق العامة .

ما يترتب على هذا التقسيم :

يترتب على هذا التقسيم ما يلى :

١- التصرف فى المال وعدمه : يجوز لصاحب المال الخاص أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، أما المال العام فلا يجوز التصرف فيه إلا من الإمام أو نائبه بحسب المصلحة العامة التى يحققها هذا التصرف [١٢].

([١٢]) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، ص ٢٧١ ، كشاف القناع ، حـ٣ ، ص ١٢٥ .

٢- التنازل عن المال وعدمه : يجوز لمالك المال الخاص أن يتبرع بـه إذا كان أهلا للتبرع ، وأن يبرئ مدينه من الدين الذى عليه . أمـا المـال العـام فـلا يجوز فيه ذلك من الامام أو نائبه .

٣- التقادم وعدمه : تنقل ملكية المال الخـاص لمن حـازه مـدة معينـة مـن الزمن . وهى خمس عشرة سنة عند الحنفية ، وتتراوح ما بين سنتين وأربعيـن سنة أو أكثر عند المالكية ، تبعا لاختلاف نوع المال ، وصلة الحائز بالمدعى .

أما المال العام فلا تنتقل ملكيته بالحيازة مهما طالت مدتها ، وللإمام أو نائبه أو أى فرد أن يرفع دعوى برد هذا المال ، وتسـمع هـذه الدعـوى مهمـا طـالت مدة الحيازة [١٣].

سادسا : المال النامى وغير النامى

المـال النـامى هـو : الـذى أعـد للإستثمار حقيقــة أو حكمــا ، سـواء كـان الاستثمار طبيعيا أو بفعل الإنسان وإرادته . وذلك كالذهب والفضة فإنهما أعـدا للتجارة بطبيعتهما وأصل خلقتهما وجريان العرف على أنهما ثمن لكل الأشياء. أما عروض التجارة فهى معدة للإستثمار بفعل الإنسان وإرادته .

أما المال غير النامى فهو : ما لا يعد للإستثمار لا حقيقـة ولا حكمـا وهـو المخصص لسد حاجات الإنسان من طعام وشراب ، ونحـو ذلـك ، سـواء أكـان من عروض التجارة أم كان من الأثمان المطلقة .

ما يترتب على هذا التقسيم :

يترتب على هـذا التقسيم أن الزكـاة تجـب فـى المـال النـامى لمـا روى عـن

(١٣) المدونة الكبرى ، جـ٣ ، ص ١٩١ ، حاشية العدوى ، جـ٧ ، ص ٢٤٧ .

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ خطب الناس فقال : " ألا من ولى يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة " .

أما المال غير النامى فلا تجب فيه الزكاة [١٤].

سابعا : الدين والعين

الدين هو : المال الحكمى الثابت فى الذمة بسبب من الأسباب التى رتب الشارع عليها ثبوته فيها . فإذا قام المدين بسداد هذا الدين كان مالا حقيقيا لوجوده حسا وحقيقة .

أما العين فهى : الشئ المعين المشخص كبيت وكرسى وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين . م ١٥٩ من المجلة .

ما يترتب على هذا التقسيم :

١- **ورود الأجل وعدمه :** يجوز تأجيل الدين لمد معينة ، أما العين فلابد من تسليمها فى الحال ولا يجوز تأجيلها . لأن الأجل من خواص الدين فقط .

٢- **المقاصة والابراء :** تجرى المقاصة فى الدين ويجوز الابراء منه . أما الالتزام بالعين فلا مقاصة فيه ولا ابراء منه .

٣- **التخيير فى تسليم المعقود عليه :** يجوز للمدين بدين أن يوفيه بأى نوع من جنسه . لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، أما إذا كان محل التعاقد عينا فإنه لا يصح الوفاء إلا بنفس العين المتعاقد عليها .

٤- **وساطة المدين :** الالتزام بالدين والوفاء به يحتاج إلى وساطة المدين ،

---

(١٤) البدائع ، جـ٢ ، ص ١٩٥ ، الشرح الصغير ، جـ١ ، ص ١٩١ ، المغنى ، جـ٢ ، ص ٤٨٠ .

أما الالتزام بالعين فلا يحتاج إلى مثل هذه الوساطة . لأنه ينصب على نفس العين .

٥- **جريان الربا وعدمه :** يجرى الربا فى الديون ، أما الأعيان فلا يجرى فيها الربا إلا إذا كانت من الأصناف الربوية التى نص عليها الرسول ﷺ بقوله : " الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل ، والتمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل ، والملح بالملح مثلا بمثل ، والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد" رواه مسلم (١٥) .

٦- **الانفساخ وعدمه :** إذا هلكت العين محل التعاقد أو استحقت مثلا فإن العقد ينفسخ . أما الدين فإنه لا ينفسخ لأنه ثابت فى الذمة (١٦).

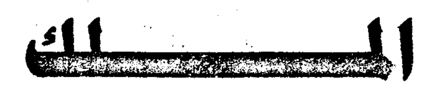
---

(١٥) المغنى حـ٤ ، ص ١٢٥ وما بعدها .

(١٦) المرجع السابق ، البدائع حـ٧ ، ص ٣١٣٥ ، الكافى ص ٦٦٠ ، روضة الطالبين ، حـ٣ ، ص ٤٥٠ وما بعدها ، المغنى ، حـ٣ ، ص ١١٦ .

القسم الثانى

فى



﴿الملك﴾

تعريف الملك : الملك فى اللغة:احتواء شئ، والقدرة على الاستبداد به[١٧].

أما فى الاصطلاح : فقد عرفه الكمال بن الهمام بأنه : " القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع " [١٨]. وعرفه الشيخ على الخفيف بأنه : " اختصاص يمكن صاحبه شرعا من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعى " [١٩].

ونستطيع أن نعرفه بأنه : قدرة المالك على الانفراد بالتصرف والانتفاع ما لم يمنع من ذلك ما نع شرعى .

وعلى ذلك فللملك عنصران : **الأول :** الاستبداد بالشىء وحيازته . **والثانى :** القدرة على التصرف فيه بكل وجوه التصرفات .

أنواع المال بالنسبة للمالك : يتنوع المال بالنسبة لما يملك منه وما لا يملك إلى أنواع ثلاثة : -

الأول : ما لا يجوز تملكه ولا تمليكه مطلقا وهو المال العام السابق ذكره . ولكن إذا زالت عنه هذه الصفة فإنه يجوز تملكه وتمليكه . كما إذا حول مجرى النهر العظيم إلى مجرى آخر ، فإن الأرض التى كان فيها مجرى النهر صارت غير مخصصة للمنفعة العامة ، فتكون قابلة للتملك بعد أن كانت غير قابلة له .

---

(١٧) القاموس المحيط .

(١٨) فتح القدير جـ٥ ، ص ٧٤ .

(١٩) مختصر الأحكام الشرعية ، ص ٣٦ .

الثانى : ما لا يجوز تملكه ولا تمليكه إلا إذا كان هناك مسوغ شرعى يجيز ذلك . وهو : الأراضى الموقوفة فإنه لا يجوز تملكها إلا إذا قضت المحكمة بحل الوقف أو استبداله إذا كان هناك مسوغ يجيز هذا الحل . وكذلك المال التابع لبيت المال والذى لم يخصص للمنفعة العامة . فإنه لا يجوز تملكه ولا تمليكه إلا إذا كانت هناك مصلحة راجحة أو ضرورة تقتضى ذلك .

الثالث : ما يصح تملكه وتمليكه مطلقا ، وهو ما عدا النوعين المذكورين، أى المال الخاص السابق ذكره .

﴿أنواع الملك﴾

يتنوع الملك بالنظر إلى صفة المالك إلى نوعين : **ملك خاص وملك عام** ، وقد سبق الكلام عنهما . ويتنوع بالنظر إلى الشىء المملوك إلى : **ملك تام ، وملك ناقص** . ويتنوع بالنظر إلى صورته وتعلقه بمحل الملك إلى : **ملك متميز ، وملك غير متميز** . وإليك الكلام عن كل من النوعين الآخرين .

أولا : الملك التام والملك الناقص

الملك التام هو : ما وقع على الرقبة والمنفعة معا ، كمن يملك أرضا زراعية ويقوم بزراعتها بنفسه ، فإنه يكون مالكا للعين والمنفعة جميعا . أما الملك الناقص فهو ما يقع على أحدهما فقط .

خصائص الملك التام :

١- للمالك الحق فى التصرف فى العين والمنفعة بجميع وجوه التصرفات المشروعة .

٢-للمالك الحق فى الانتفاع بما يملكه بكل صور الانتفاع المشروعة .

٣- ينتفي الضمان عن المالك اذا أتلف ما يملكه .غير أنه إذا كان غير رشيد فإنه يحجر عليه عند جمهور الفقهاء ، ويتولى القيم الذى تعينه المحكمة إدارة شئون أمواله والقيام بالتصرفات التى تحقق مصلحته .

٤- ملك العين لا يقبل الاسقاط . لأنه يؤدى الى أن تصير العين سائبة ، ولاسائبة في الاسلام بنص القرآن الكريم .

٥- تظل يد المالك مبسوطة على ملكة، ما لم يزل عنه بسبب من الأسباب الناقلة للملك .

أسباب الملك التام :

للملك التام أسباب هى : الاستيلاء على المال المباح ، والخلافة ، والعقود الناقلة للملكية . وإليك الكلام عن كل سبب من هذه الأسباب .

السبب الأول : الاستيلاء على المال المباح

وذلك بوضع الإنسان يده على هذا المال المباح أى الذى لا مالك له .

ويتميز هذا السبب بما يلى :

١- أنه منشئ للملك . لأن هذا المال لم يكن مملوكا لأحد قبل أن يستولى عليه المالك .

٢-أنه سبب عملى لا قولى. لذلك لا يشترط فيمن يستولى على هذا المال توافر الأهلية للإنعقاد. فلو استولى المجنون ونحوه عليه فإنه يكون مالكا له .

٣-أنه متعلق بهذا المال ومختص به . وعلى ذلك فحيازة المال المملوك للغير مدة من الزمن لا يترتب عليها نقل الملكية .

أنواع المال المباح :

١- أحياء الأرض الموات.   ٢- الصيد .

٣- الاستيلاء على المعادن والكنوز. ٤- الاستيلاء على الكلأ والآجام .

وإليك الكلام عن كل نوع من هذه الأنواع :

أولا : أحياء الأرض الموات

الموات : الأرض التى لا مالك لها ، ولا ينتفع بها .

وسميت مواتا لأنها تشبه الحيوانات الميتة التى لا نفع فيها . والأرض الموات تملك بالأحياء وذلك لقوله ﷺ : "من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها" رواه البخارى .

غير أن الأحياء لا يفيد الملك إلا إذا توافرت الشروط التالية :

الشرط الأول : ألا تكون الأرض مملوكة لأحد : فإذا كان لها مالك معروف لم تكن مواتا ، وبالتالى لا تملك بالأحياء . حتى ولو هجرها مالكها وصارت خرابا لعدم سقوط الحق بالتقام فى الشريعة الإسلامية .

الشرط الثانى : أن تكون الأرض بعيدة عن العمران : فلو كانت قريبة منه لم تكن مواتا ، حتى ولو لم ينتفع بها فى الحال ، إذ يمكن الانتفاع بها مستقبلا وهذا عند أبى يوسف والامام أحمد فى رواية .

وذهب الشافعى وأحمد فى الرواية الثانية إلى عدم القول بهذا الشرط . لأن المعتبر فى كون الأرض مواتا أو غير موات هو : الانتفاع الفعلى بها وعدمه

فقط،أما القرب من العمران أو البعد عنه فليس له تأثير فى جواز الأحياء [٢٠].

الشرط الثالث : ألا يتعلق بهذه الأرض حق لأهل البلدة التابعة لها هذه الأرض : لأنه لو تعلق بها حق لهم فإنها لا تكون مواتا ولا تملك بالأحياء . غير أن الفقهاء اختلفوا فى كيفية هذا التعلق ، فذهب الإمام محمد بن الحسن والشافعى إلى أنه الانتفاع الفعلى بأى وجه من أوجه الانتفاع بصرف النظر عن قربها من العمران وبعدها عنه .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه : القرب من العمران ، سواء كانوا ينتفعون بها أو لا .

الشرط الرابع : إذن الإمام :

اختلف الفقهاء فى لزوم إذن الإمام بالأحياء وعدمه .

فذهب الجمهور إلى عدم اشتراطه واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول.

أولا : السنة المطهرة :

قول الرسول ﷺ : " من أحيا أرضا مواتا فهى له ولعقبه من بعده ، وليس لعرق ظالم حق " .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبى ﷺ علق الملك على الأحياء فقط ولم يشترط لذلك إذن الإمام فدل ذلك على عدم اشتراطة .

ثانيا : المعقول :

أما المعقول فقالوا : ان الأحياء طريق من طرق الاستيلاء على المال

---

(٢٠) الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ١٧١ .

المباح، ولم يشترط أحد إذن الإمام فى أى منهما ، فلا وجه إذن فى اشتراطه فى الأحياء خاصة لأنه أحدهما .

وذهب أبو حنيفه إلى أنه لا يجوز الاحياء إلا باذن من الإمام أو نائبه . واستدل على ذلك بالسنة والمعقول :

أولا : السنة المطهرة :

قول الرسول ﷺ : " ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه " .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل بعمومه على اشتراط إذن الإمام فى الاحياء حتى يكون سببا فى ملك الأرض المحياة .

ثانيا : المعقول :

أما المعقول فهو : أن حق الكافة يتعلق فى تملك الأرض بالأحياء ، قبل الشروع فى احيائها من أحد ، وما كان ثابتا للكافة على وجه العموم لا يصح اثباته على وجه الخصوص إلا باذن من الإمام أو نائبه . وذلك لاحتمال حصول التنازع بين الناس على الاستئثار بالأحياء ، فاشرط الاذن مسبقا حتى لا يقع هذا التنازع .

كيفية احياء الأرض الموات :

اختلف الفقهاء فى كيفية إحياء الأرض الموات ، فذهب الحنفية إلى أنه لا يكون إلا بجعل الأرض صالحة للزراعة ، وذلك بإزالة ما يعوق هذه الزراعة.

وذهب الشافعية والحنابلة فى رواية إلى أنه يكون بجعلها صالحة للإنتفاع ، ويرجع فى ذلك إلى العرف ، فكل ما يعتبره العرف احياء يكون كذلك .

ﷺ : " من أحيا أرضا مواتا فهى له " . فقد جاء الاحياء مطلقا غير

مقيد بكيفية معينة ، وما لم يعينه الشارع يرجع فيه إلى عرف الناس (٢١).

التحجير :

هو اتخاذ الإجراءات التمهيدية اللازمة للشروع فى الاحياء ، لأنه يعرف باظهار النية إليه وهذا الاظهار يكون ببناء سور من الحجارة حول الأرض التى يرغب الإنسان فى إحيائها غالبا .

وهذا التحجير لا يترتب عليه ملكية الأرض للمتحجر ، وإنما يعطيه الأولوية فى الاحياء فقط لمدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يقم باحيائها خلال هذه المدة سقط حقه فى الإحياء ، ونزعت منه وأعطيت لغيره ليحييها . وذلك لقوله ﷺ : "من أحيا أرضا مواتا فهى له وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنوات " . وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " ليس لمتحجر بعد ثلاث سنوات حق " .

غير أن الحنفية قالوا : إن ثبوت حق المتحجر فى المدة المذكورة لا يمنع الغير من احيائها ، ومن ثم تملكها ، إلا أنه يكره له ذلك . لتعديه على حق الغير . كالخطبة على الخطبة فإنها مكروهة ، ولكن الزواج بعدها يكون صحيحا (٢٢).

ثانيا : الصيد :

يطلق على اقتناص الحيوان وأخذه بمهارة ، كما يطلق على كل حيوان يمتنع عن الانسان بسبب من الأسباب . كالطير فى الهواء، وغوص السمك فى الماء، والهروب فى الصحراء ، والعيش فى الهضاب والجبال كالأرانب والغزلان . فكل هذه الأنواع تدخل ضمن المباح قبل تملكها من أحد ، فإذا

(٢١) المغنى ، جـ ٥ ، ص ٥٣٨ .

(٢٢) المدخل للدكتور/ الحسينى حنفى ، ص ٣٥٠ ، الخفيف ص ٣٦ .

استولى عليها أى انسان ملكها .

والصيد كما يكون بالآلات المخصصة له ، يكون بالحيوانات المدربة عليه . وهى الجوارح المعلمة من السباع ، كالكلب ، والفهد ، والنمر ، والجوارح المعلمة من الطير كالصقر . يقول الله تعالى : ﴿ **أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح**﴾.

ويحل الاصطياد فى كل مكان ، ماعدا الحرم فلا يجوز فيه صيد البر . لقوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم**﴾ .

أما صيد البحر فحلال سواء أكان الصائد محرما أم غير محرم . يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿**أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما**﴾ .

وإذا انفلت الصيد بعدما اصطاده الإنسان هل يظل مالكا له أم يخرج من ملكه ؟ .

اختلف الفقهاء فى ذلك . فذهب الحنفية والشافعية إلى عدم زوال الملك بهذا الانفلات ، وعلى من اصطاده أن يرده إلى مالكه . لثبوت ملكه عليه ثبوتا مستقرا بالاستيلاء الحقيقى عليه فلا يزول هذا الملك بالفرار .

وفرق المالكية بين استئناس الصيد وعدمه ، ففى حالة الاستئناس لا يزول الملك بالفرار ، أما فى حالة عدم الاستئناس بأن فر قبل استئناسه ، فإن الملك يزول [٢٣].

---

(٢٣) البدائع ، حـ٦ ، ص ١٩٣ ، الخفيف ص ٢٩ ، صفوة التفاسير ، جـ٣ ، ص ٣٢٨ ، منح الجليل ، حـ١ ، ص ١٥٤ .

ثالثا المعادن والكنوز :

المعدن هو : ما يوجد فى باطن الأرض دون تدخل من انسان ، وإنما بالخلقة والطبيعة التى خلقها الله عز وجل . وذلك كالذهب والفضة والنحاس، والقصدير والبترول ونحو ذلك .

أما الكنز فهو : ما يوجد فى باطن الأرض بفعل الإنسان ، أو دفن فيها بكارثة من الكوارث ، كالزلازل .

وقد أطلق الحنفية اسم الركاز على المعدن والكنز ، أما غيرهم من الفقهاء ، فمنهم من يطلقه على الأول ، ومنهم من يطلقه على الثانى (٢٤). وإليك الكلام عن كل من المعادن والكنز :

أولا : المعادن

أنواعها :

تتنوع المعادن إلى ثلاث أنواع :

الأول : سائلة ، وذلك كالبترول وجميع الزيوت المعدنية .

الثانى : صلبة قابلة للطرق والسحب والانطباع بالنار . كالذهب والفضة والنحاس .

الثالث : صلبة غير قابلة لما ذكر . كالفحم الحجرى ، والماس والياقوت .

حكم تملك المعادن :

اختلف الفقهاء فى حكم تملك المعادن ، فذهب الحنفية (٢٥)، إلى أنها تتبع

---

(٢٤) البدائع ، جـ٢ ، ص ٦٥ ، المبسوط ، جـ٢ ، ص ٢١١ .

(٢٥) البدائع ، حـ٦ ، ص ١٥٤ .

الأرض الموجودة فيها فتأخذ حكمها ، فإذا كانت موجودة فى أرض لا مالك لها فتكون ملكا لمن يستولى عليها . ووجه ذلك عندهم : أن المعادن جزء من الأرض ، وللجزء حكم الكل . وعلى ذلك فيكون فقط الاستيلاء على المعادن الموجودة فى باطن الأرض التى لا مالك لها من أسباب الملك .

وذهب المالكية (٢٦) إلى أنها تكون ملكا للدولة ، سواء وجدت فى أرض مملوكة لأحد ، أو وجدت فى أرض لا مالك لها . والإمام أو نائبه هو الذى ينفق من ريعها على المصالح العامة للدولة . ووجه ذلك عندهم أن الملك إنما يكون لظاهر الأرض فقط دون باطنها . لأن ما فى الباطن تبقى ملكيته عامة لجميع المسلمين. حتى لا يترك فى أيدى قلة من الناس قد لا يحسنون استغلاله، ويعبثون فى الأرض فسادا بموارده .

وفرق الشافعية (٢٧) والحنابلة (٢٨) بين ما إذا كانت الأرض مملوكة لأحد وما إذا كانت مباحة .

فإذا كانت مملوكة ، فقد فرقوا بين المعادن الصلبة ، والمعادن السائلة الموجودة فيها . فقالوا : الأولى تكون لمالك الأرض . لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها ، والمعادن الصلبة جزء من هذه الأجزاء . أما الثانية وهى المعادن السائلة فلهم فى تملكها رأيان :

الأظهر عندهم أنها لصاحب الأرض وإنما تملك ملكية عامة لجميع المسلمين وذلك لقوله ﷺ : " الناس شركاء فى ثلاث : الماء والكلأ والنار " .

وفى مقابل الأظهر ، تكون ملكا لمالك الأرض ، لأنها خارجة منها فتكون ملكا له أيضا كالمعادن الصلبة ، والزرع والثمار .

---

(٢٦) الشرح الصغير ، جـ١ ، ص ٣٥٩ .

(٢٧) نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص ٣٤٩ .

(٢٨) المغنى ، جـ٥ ، ص ٥٢٠ وما بعدها .

أما إذا كانت الأرض مباحة لا مالك لها ، فقد فرقوا بين المعادن الظاهرة الموجودة فيها ، والمعادن غير الظاهرة أى الموجودة فى باطنها .

فالأولى : لا تملك إلا للعامة لتعلق حقهم لها ، والإمام أو نائبه هو الذى ينفق من إيرادتها على المصالح العامة لهم .

الثانية : فالظاهر عندهم أنها كالأولى ملكيتها عامة ولا تجوز ملكيتها لأحد. وفى مقابل الأظهر تكون ملكا لمن يستولى عليها .

أما ما يستخرج من باطن البحر من حلى ومعادن كاللؤلؤ فقد ذهب الحنفية إلى أنه يكون ملكا لمن يستخرجه ولا يكون ملكا للدولة . لأن قاع البحر وما يحتويه ليس تحت غلبة الإمام . بخلاف الأرض فإن له الغلبة عليها .

ثانيا : الكنز

أنواعه : يتنوع الكنز إلى نوعين : كنز جاهلى وكنز إسلامى .

فالجاهلى هو الذى يوجد به دليل على أنه دفن فى باطن الأرض قبل الإسلام . كأن توجد صورة وثن أو اسم حاكم أو دل على ذلك أى دليل يقبله العقل .

أما الكنز الإسلامى فهو الذى وجد به ما دل على أنه دفن فى الأرض بعد الإسلام . كأن توجد به آية كريمة ، أو اسم الرسول ﷺ ، أو التاريخ الهجرى وهكذا .

حكم الكنز :

إن الكنز الإسلامى لا يعد من الأموال المباحة ، وإنما يأخذ حكم اللقطة ، وهى لها أحكام كثيرة يرجع إلها فى بابها .

أما **الكنز الجاهلي** فقد اتفق الفقهاء على أن خمسه يكون لبيت المال . أما الباقي فقد اختلفوا فيه ، فقال البعض : أنه يكون ملكا لمن عثر عليه ، سواء عثر عليه فى أرض مملوكة لأحد أو فى أرض مباحة ، وفرق بعضهم بين ما إذا عثر عليه فى أرض مملوكه وما إذا عثر عليه فى أرض مباحة . ففى **الحالة الأولى** : لا يكون ملكا لصاحب الأرض الحالى ولا لمن عثر عليه وإنما يكون ملكا لأول مالك لهذه الأرض فى الإسلام أو لورثته ، فإن لم يكن له ورثة ، كان ملكا لبيت المال . لأنه وارث من لا وارث له . أما فى **الحالة الثانية** : فيكون ملكا لمن يعثر عليه (٢٩).

رابعا : الاستيلاء على الكلأ والآجام

الكلأ هو : ما ينبت فى الأرض من حشائش لا دخل للإنسان فى وجودها .

أما الآجام فهى : الأشجار الغليظة الملتفة كالغابات .

أولا حكم الكلأ :

فرق الفقهاء بين ما إذا كان الكلأ موجودا فى أرض لها مالك ، وما إذا كان موجود فى أرض لا مالك لها . ففى الحالة الأولى : إذا كان المالك لم يبذل جهدا فى إنابته ولم يقم بسقيه ورعايته فإنه يكون مباحا للكافة لقوله ﷺ : "الناس شركاء فى ثلاث : الماء والكلأ والنار" . فلكل إنسان أن يرعى حيواناته من هذا الكلأ ولا يكون لمالك الأرض منع أحد من ذلك إلا إذا كان هناك كلأ موجود فى أرض مباحة بجوار أرضه ، فإنه يجوز له المنع من النزول فى أرضه .

أما إذا بذل المالك جهدا فى انبات الكلأ وقام بسقيه وتعهده بالرعاية والعناية

---

(٢٩) الاقناع للشربينى الخطيب ، جـ٣، ص ١١٨ ، المغنى ، جـ٥ ، ص ٦٣١ وما بعدها.

يكون خاصا لمواشيه فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكون ملكا للكافة أيضا. لعموم الحديث المذكور . ولأن البذر ليس مملوكا لأحد فلا تكون الحشائش الناتجة عنه ملكا لأحد كذلك .

وذهب المتأخرون من الحنفية وبعض المالكية إلى أنه يكون ملكا لمالك الأرض . لأن ملكية الكلأ تكون تابعة لملكية الأرض . ولأنه بسقيه ورعايته له يكون قد أخرجه من باب الإباحة [٣٠].

ثانيا حكم الآجام :

فرق الفقهاء بين ما إذا كانت الآجام موجودة فى أرض مباحة ، وما إذا كانت موجودة فى أرض مملوكة ففى الحالة الأولى ، يكون مباحا للكافة ، أما فى الحالة الثانية فيكون ملكا لصاحب الأرض سواء هو الذى قام بتشجيره وسقيه أو لا .

ووجه التفرقة بين الكلأ والآجام : أن الغرض من تملك الأرض هو استثمارها بما ينبت فيها من الآجام ، ولا تملك لكى تستثمر بالرعى فى الكلأ الموجود عليها [٣١].

السبب الثانى للملك : الخلافة :-

اتفق الفقهاء على أن خلافة الورثة لمورثهم سبب من أسباب نقل الملك فإذا مات إنسان انتقلت تركته إلى ورثته جبرا عنهم ، أى دون حاجة إلى قبول منهم، وتقسم عليهم على حسب أنصبائهم فى الميراث وذلك بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها وهى :

١-تجهيز الميت وتجهيز من تلزمه نفقته ممن مات قبله ولو بلحظة.

---

(٣٠) البدائع . جـ٦ ، ص ١٩٢ وما بعدها .

(٣١) الخراج لأبى يوسف ، ص ١٠٣ .

٢ -تسديد ديونه .

٣ -تنفيذ وصاياه .

ولا توجد ملكيه فى الإسلام تنتقل جبرا عن المالك إلا الملك بالميراث ، باتفاق الفقهاء . وأضاف الإمام زفر الوصية أيضا حيث قال : إن الموصى به ينتقل إلى الموصى له بعد وفاة الموصى دون حاجة إلى قبول منه . لأن ملك الوصية ملك إجبارى كالميراث .

وتفصيل هذا السبب فى مؤلفنا : أحكام المواريث طبقا للشريعة الإسلامية ، والقانونين المصرى والكويتى ، **وكذلك مؤلفنا : أحكام الوصية بين الشريعة** والقانون .

السبب الثالث : العقود الناقلة للملك :

من أسباب كسب الملك أيضا العقود الناقلة له . وهى كثيرة : منها البيع حيث يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشترى ، وملكية الثمن إلى البائع . ومنها الإجارة حيث يترتب عليها نقل ملكية المنفعة إلى المستأجر ، وملكية الأجرة إلى المؤجر .

ومنها الوصية حيث يترتب عليها نقل ملكية الموصى به إلى الموصى له بعد وفاة الموصى . ومنها الزواج حيث يترتب عليه نقل ملك المهر إلى المرأة. ومنها الخلع على مال حيث يترتب عليه نقل ملك البدل إلى الزوج . ومنها الهبة حيث يترتب عليها نقل ملك الشيء الموهوب إلى الموهوب له . ومنها الصدقة حيث يترتب عليها نقل المال المتصدق به إلى المتصدق عليه .

القيود الواردة على الملك

ذكرنا أن أسباب الملك هى : الاستيلاء على المال المباح ، والخلافة ، والعقود الناقلة للملك ؟

وهذه الأسباب تثبت الملك التام للمالك ، فلا يزول عنه إلا برضاه ، وذلك لقوله تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** .

هذا هو الأصل العام في الملك ، ولكن يستثنى من هذا الأصل ثلاث حالات ينتقل الملك فى كل منها جبرا عن المالك وهى : نزع الملك للمنفعة العامة ، والامتناع عن سداد الديون مع القدرة عليه ، والشفعة .

وإليك نبذة مختصرة عن كل منها فيما يلى :

الحالة الأولى : نزع الملكية للمنفعة العامة :-

يجوز نزع الملكية للمنفعة العامة إذا اقتضت الحاجة ذلك . لأن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة ، مع تعويض المالك تعويضا عادلا عن ملكه الذى نزع منه . وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب ﷺ عندما اراد توسيع المسجد الحرام .

الحالة الثانية : الامتناع عن سداد الدين مع القدرة عليه :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن يجوز للقاضى أن يبيع من مال المدين ما يكفى لسداد الديون التى عليه إذا امتنع عن السداد بغير حق . لأنهم قالوا : بجواز الحجز عليه لهذا السبب .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز بيع مال المدين لهذا الغرض وإنما يحبس

ليجبر على السداد . لأن بيع أموال المدين جبرا عنه بمثابة الحجر عليه ، وهو لا يجوز عنده . لأن فيه إهدارا لآدميته ، وتضييعا كرامته .

الحالة الثالثة : الشفعة :-

الشفعة هى : الحق فى تملك العقار المبيع جبرا عن المشترى بالثمن الذى قام عليه .

والأصل فيها السنة المطهرة والمعقول ، أما السنة فقول الرسول ﷺ : " الجار أحق بشفعة جاره" ، "وقد قضى الرسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم . فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " رواه البخارى .

وأما المعقول فهو أن الشفعه شرعت لدفع الضرر عن الشريك القديم والجار.

وسبب استحقاقها هو اتصال عقار الشفيع بالعقار المبيع عند البيع . اتصال شركة عند الجمهور أو اتصال شركة أو جوار عند الحنفية . ولذلك تثبت للشريك على الشيوع عند جمهور الفقهاء وهو ما أخذ به القانون المدنى الكويتى . وتثبت لكل من الشريك والجار الملاصق عند الحنفية وهو ما أخذ به القانون المدنى المصرى .

والشفعة لها أحكام كثيرة يرجع إليها فى رسالتنا للدكتوراه :

"الملك بالشفعة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى"

القسم الثالث

فى



الفصل الأول
فى
تعريف العقد وتكوينه

أولا : تعريف العقد:

يطلق العقد فى اللغة على الجمع بين الشيئين والربط بينهما حسيا كان هذا الربط أو معنويا . فمن الأول قولك : عقدت الحبل ، ومن الثانى ، عقدت العزم [٣٢].

أما فى الاصطلاح ، فقد اختلف الفقهاء فى تعريفه ، فالجمهور يطلقون العقد على اتفاق إرادتين على إحداث أثر شرعى معين ، كالبيع والإجارة ونحو ذلك، أما ما يتم بإرادة واحدة فلا يسمى عقدا عندهم وإنما يسمى تصرفا أو التزاما . كالوصية ، والنذر ، والطلاق وغير ذلك .

يقول الزركشى : العقد هو : " ارتباط الايجاب بالقبول الالتزامى" [٣٣].

وقال الجرجانى : " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول " [٣٤].

أما الحنفية فيطلقون العقد على كل تصرف يترتب عليه أثر شرعى معين سواء تم بإرادتين أو بإرادة واحدة يقول الألوسى فى تفسير قوله تعالى : "أوفوا بالعقود" [٣٥].

---

[٣٢] القاموس المحيط ، لسان العرب ، المصباح المنير .

[٣٣] المنثور ، حـ٢ ، ص ٣٩٧ .

[٣٤] فى التعريفات .

المراد بها يعم كل ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به [٣٦].

---

[٣٥] سورة المائدة ، الآية الأولى .

[٣٦] تفسير روح المعانى ، حـ٦ ، ص ٤٨ .

ثانيا : تكوين العقد

تمهيد وتقسيم :

لكى ينشأ العقد ويتكون وتترتب عليه آثاره التـى عقد مـن أجلهـا ، يـلزم أن يتحقق أركانه ، وتتوفر الشروط المتعلقة بهذه الأركان .

وقد اختلف الفقهاء فى أركان العقد ، فعند الجمهور: أركانه ثلاثة : الصيغة، العاقدان ، محل العقد .

وعند الحنفية ركن العقد هو : **الايجاب والقبول .**

لأن تحقق هذا الركن يستلزم بالضرورة وجود الركنين الآخرين .

فالخلاف لا تترتب عليه ثمرة فقهية ، وقد نتج عن اختلافهم فـى معنـى الركن .

ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة لابد من توافرها .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فى الصيغة .

المبحث الثانى : فى العاقدين .

المبحث الثالث : فى محل العقد .

المبحث الأول
فى
الصيغة

تمهيد وتقسيم :

الصيغة هى : كلام أو فعل يصدر من العاقد ويدل على رضاه بالعقد . ويعبر عنها الفقهاء بالإيجاب والقبول [٣٧].

ونقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول : فى الإيجاب والقبول .

المطلب الثانى : فى شروط الصيغة .

المطلب الثالث : فى التعارض بين الإرادتين .

المطلب الرابع : فى أثر الإرادة المنفردة فى إنشاء العقد .

---

[٣٧] مواهب الجليل للحطاب ، جـ٤ ، ص ٢٢٨ .

المطلب الأول
فى
الإيجاب والقبول

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين :

الفرع الأول : فى تعريف الايجاب والقبول .

الفرع الثانى : فى ما يتحقق به الايجاب والقبول .

الفرع الأول
فى
تعريف الايجاب والقبول

اختلف الفقهاء فى تعريف الايجاب والقبول . فعند الحنفية : الايجاب ما صدر أولا من أحد العاقدين للدلالة على رغبته فى إنشاء العقد . والقبول ما صدر ثانيا من الطرف الآخر للدلالة على رضائه وموافقته بما أوجبه الطرف الأول [٣٨].

أما الجمهور فيعرفون الايجاب بأنه ما صدر من المالك سواء صدر أولا أو آخرا . والقبول ما صدر من المتملك وإن صدر أولا [٣٩].

وعلى ذلك : إذا قال البائع للمشترى : بعتك هذه السلعة بمبلغ كذا ، فقال المشترى : قبلت . كان ما صدر من البائع ايجابا ، وما صدر من المشترى

---

(٣٨) فتح القدير ، حـ٢ ، ص ٢٤٤ . الاختيار لتعليل المختار ، حـ٢ ، ص ٤ .

(٣٩) جواهر الإكليل ، حـ٢ ، ص ٢ . منح الجليل ، حـ٢ ، ص ٥ . حاشية القليوبى ، حـ٢ ، ص ١٥٣ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٥ . شرح منتهى الإيرادات ، حـ٢ ، ص ١٤٠ . المغنى لابن قدامه ، حـ٣ ، ص ٥٦١ .

قبولا بالاتفاق .

أما إذا قال المشترى له : اشتريت هذه السلعة منك بمبلغ كذا ، فقال البائع : قبلت ، كان ما صدر من المشترى ايجابا ومن البائع قبولا .عند الحنفية ، وعند الجمهور كان ما صدر من المشترى قبولا ، ومن البائع إيجابا . لأن البائع هو المالك ، أما المشترى فهو المتملك .

وهذا خلاف نظرى لا تترتب عليه ثمرة فقهية .

الفرع الثانى
فى
ما يتحقق به الايجاب والقبول
"وسائل التعبير عن الإرادة"

يتحقق الإيجاب والقبول بالعبارة ، وبالكتابة ، وبالرسالة ، وبالإشارة ، وبالمعاطاة ، وإن اختلف الفقهاء فى حكم بعض هذه الوسائل فى بعض العقود.

وإليك بيان كل وسيلة من هذه الوسائل :

الوسيلة الأولى : العبارة :-

العبارة أو اللفظ أقوى طرق التعبير عن الإرادة ، لذلك فالأصل أن يتم به التعاقد . لأنه الوسيلة التى اعتاد الإنسان أن يعبر بها عن إرادته ، ويظهر المعانى الحقيقية الكامنة فى نفسه .

ولكن هل تشترط صيغة شكلية معينة ، وهل يشترط لفظ معين لينعقد به العقد ؟

أ- الصيغة الشكلية :

١- صيغة الماضى : إذا كان كل من الايجاب والقبول بصيغة الماضى ، انعقد العقد دون حاجة إلى نية من العاقد . لأن هذه الصيغة وإن دلت وضعا على حصول الأمر فى الزمن الماضى ، إلا أن الشارع الحكيم اعتبرها دالة على إنشاء العقد فى الحال ، وكذلك الأمر فى عرف أهل اللغة . والعرف قاض على الوضع كما قال الكاسانى [٤٠].

٢- صيغة المضارع : الأصل أنه لا ينعقد بها العقد . لأنها تدل على الاستقبال . أما إذا أريد بها الحال فإن العقد ينعقد بها [٤١].

فإذا قال البائع : أبيعك هذه السلعة بمبلغ كذا ، فقال المشترى : أشتريها منك، ونويا الايجاب للحال ، فإن العقد ينعقد ، وإن لم ينويا لم ينعقد .

٣- صيغة الأمر : هذه الصيغة تدل على الحال ، فإذا قال المشترى : بعنى هذه السلعة بمبلغ كذا ، فقال البائع : قبلت أو بعتك . كان هذا اللفظ الثانى إيجابا واحتاج إلى قبول من الأول . وهذا عند الحنفية وعند الشافعية فى مقابل الأظهر ، ورواية عند الحنابلة [٤٢].

وعند المالكية والشافعية فى الأظهر ورواية عند الحنابلة ينعقد البيع بهما ، ولا حاجة إلى قبول من الأول [٤٣].

---

(٤٠) فى بدائعه ، حـ٥ ، ص ١٣٣ . وانظر فتح القدير ، حـ٥ ، ص ٧٤- ٧٥ .

(٤١) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣-٤ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٥-٦ . المغنى لابن قدامة ، حـ٣ ، ص ٥٦٠ . شرح منتهى الارادات ، حـ٢ ، ص ١٤٠ . الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٤ .

(٤٢) شرح المجلة للأتاسى ، حـ٢ ، ص ٣٢ . الاختيار ، حـ٢ ، ص ٤ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٥ . المغنى لابن قدامة ، حـ٣ ، ص ٥٦١ .

(٤٣) منح الجليل ، حـ٢ ، ص ٤٦٢ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٥ . شرح منتهى الايرادات ، جـ٢ ، ص ١٤٠ . المغنى لابن قدامه ، حـ٣ ، ص ٥٦١ .

٤- صيغة الاستفهام : لا تنعقد بها العقود عند الفقهاء ، لأنها تدل على الاستقبال [٤٤]. فإذا قال البائع : أتشترى هذه السلعة بمبلغ كذا ؟ ، فقال المشترى: قبلت . فإن العقد لا ينعقد لعدم دلالة هذه الصيغة على وجود الإرادة القاطعة. فالسائل إنما يطلب الإجابة عن سؤاله ، ولا يخبر عن رغبته فى التعاقد .

أ- من ناحية الألفاظ :

يشترط فى اللفظ الذى ينعقد به العقد أن يكون واضح الدلالة على المعنى المقصود دون احتمال لبس أو غموض ، ولا يشترط لذلك لفظ مخصوص .

فينعقد البيع مثلا بقول البائع : بعتك أو خذ هذه السلعة بكذا ، أو وهبتك إياها بكذا ، أو أعطيتكها بكذا ... وهكذا . كما يصح القبول بقول المشترى : قبلت ، أو رضيت أو وافقت ، وغير ذلك .

غير أنه نظرا لطبيعة عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء فى الألفاظ التى يتحقق بها الايجاب فيه ولهم فى ذلك اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول :

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الايجاب لا يتحقق إلا بلفظى الزواج والنكاح ومشتقاتهما ، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والمعقول .

أولا: القرآن الكريم :

قالوا : إن القرآن الكريم لم يستعمل إلا هذين اللفظين فقط وذلك فى آيات

([٤٤]) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣-٤ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٥-٦. شرح منتهى الارادات ، حـ٢ ، ص ١٤٠ . المغنى لابن قدامة ، حـ٣ ، ص ٥٦٠ - ٥٦١.

كثيرة ، منها ما يلى :

١- قوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن** ﴾ .

٢- قوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلى ما قد سلف** ﴾.

٣- قوله عز وجل : ﴿ **فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها** ﴾ .

ثانيا : المعقول :

أما المعقول فقالوا : إن عقد الزواج من العقود المهمة والخطيرة ، فاختص بأنه لا ينعقد إلا باللفظ الذى لا شبهة فى دلالته عليه ، كما اختص بوجوب الأشهاد عليه ليكون صحيحا دون سائر العقود .

الاتجاه الثانى : وذهب المالكية إلى أن الزواج ينعقد أيضا بلفظ الهبة إذا سمى المهر ، أما إذا لم يسم المهر فإنه لا ينعقد به .

واختلفوا فى الألفاظ التى تقتضى البقاء مدة الحياة كلفظ البيع والأعطاء ، فقيل : ينعقد بها ، وقيل : لا ينعقد .

أما الألفاظ التى لا تقتضى البقاء مدة الحياة كالإجارة والوصية ، فقالوا : لا ينعقد بها الزواج مطلقا .

الاتجاه الثالث : وذهب الحنفية إلى انعقاد الزواج بلفظى الزواج والنكاح كما قال غيرهم . أما الألفاظ المجازية فقد قسموها إلى أربعة أقسام ، لكل قسم حكم خاص به وهاك بيانها :-

القسم الأول : الألفاظ التى تدل على ملك العين فى الحال بدون عوض

كالهبة ، والملك . وهذه لا خلاف عندهم على انعقاد الزواج بها . شريطة أن توجد قرينة تدل على إنشاء الزواج بهذه الألفاظ .

واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة .

أولا : القرآن الكريم :

قوله تعالى : ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين﴾ عطفا على قوله عز وجل : ﴿يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن...﴾ .

ثانيا : السنة المطهرة :

أما السنة فقد زوج النبى ﷺ رجلا بلفظ الملك فقال : " قد ملكتكها بما معك من القرآن" .

فالقرآن الكريم استعمل لفظ الهبة ، والسنة استعملت لفظالملك فيقاس عليهما باقى الألفاظ التى تفيد ملك العين فى الحال بدون عوض فى انعقاد الزواج بأى منها .

القسم الثانى : الألفاظ الدالة على ملك العين فى الحال بعوض . كلفظ البيع والشراء ، وهذه اختلفوا فى انعقاد الزواج بها ، فقيل : ينعقد ، وقيل : لا ينعقد ، والراجح عندهم الانعقاد بها شريطة وجود قرينة تدل على إنشاء العقد بهذه الألفاظ .

القسم الثالث : الألفاظ التى لا تقتضى بقاء الملكية مدة الحياة . كلفظ الإجارة والوصية . وهذه الألفاظ اختلفوا فى انعقاد الزواج بها فقيل : ينعقد ، وقيل لا ينعقد . والراجح عندهم عدم الانعقاد . لأن موجب كل منهما ينافى

موجب عقد الزواج ، فموجب الاجارة ملك المنفعة مؤقتا ، أما موجب الزواج فملكها على سبيل التأبيد .

وموجب الوصية ملكية الموصى به بعد وفاة الموصى . أما موجب الزواج فملكية المنفعة فى الحال وتبطله الإضافة إلى المستقبل .

القسم الرابع : الألفاظ التى لا تفيد ملك العين ، ولا ملك المنفعة لا فى الحال ولا فى الاستقبال ، كلفظ الرهن . وهذه لا ينعقد بها الزواج عندهم .

الراجح :

ونحن نرجح انعقاد العقد بأى صيغة تدل عليه ، وبأى لفظ . لا فرق فى ذلك بين عقد الزواج وغيره . لأن من القواعد الفقهية المقررة عند بعض الفقهاء . أن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى .

ومعنى هذه القاعدة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التى يستعملها العاقدان حين العقد ، وإنما ينظر إلى المقاصد الحقيقية من الكلام الذى يتلفظ به العاقد . لأن المقصود الحقيقى هو المعنى وليس اللفظ، ولا الصيغة المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعانى (٤٥).

الوسيلة الثانية : الكتابة :

إذا كان العاقد قادرا على التلفظ ، وفى نفس الوقت كان يعرف الكتابة ، فهل يجوز له أن يعقد العقد بالكتابة مع قدرته على العبارة ؟.

فرق الفقهاء بين عقد الزواج وسائر العقود الأخرى .

---

(٤٥) درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام ، جـ١ ، ص ١٨-١٩ . وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ٣٠ ، ص ٢٠٣ .

(أ) عقد الزواج :-

أما عقد الزواج فإنه لا يعقد بالكتابة عند جمهور الفقهاء سواء أكان العاقدان حاضرين أم غائبين .

قال الدردير : ولا تكفى فى النكاح الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس[٤٦].

وقال الشربينى الخطيب : ولا ينعقد بكتابة فى غيبة أو حضور لأنها كناية [٤٧].

وقال البهوتى : لايصح النكاح من القادر على النطق بإشارة ولا بكتابة للإستغناء عنها [٤٨].

وذهب الحنفية إلى أن الزواج لا ينعقد بالكتابة إذا كان العاقد حاضرا مجلس التعاقد ، أما إذا كان غائبا فإنه ينعقد بها بشروط وكيفية خاصة ، وصورة ذلك: أن يكتب إليها يخطبها ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم ، وقالت : زوجت نفسى منه ، أو تقول : إن فلانا كتب إلى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه .

أما إذا لم تقل بحضرتهم سوى : زوجت نفسى من فلان فإنه لا ينعقد العقد. لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح ، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها يكونون قد سمعوا الشطرين ، بخلاف ما إذا انتفيا [٤٩].

---

(٤٦) الشرح الصغير ، حـ٢ ، ص٣٥٠ .

(٤٧) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص ١٤١ .

(٤٨) كشاف القناع ، حـ٥ ، ص ٣٩ .

(٤٩) ابن عابدين ، حـ٤ ، ص ١٠ ، حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٥ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص ١٤٨ .

(ب) العقود الأخرى :-

أما العقود الأخرى فاتفق الفقهاء على صحة انعقادها بالكتابة سواء أكان العاقدان حاضرين مجلس التعاقد أم كانا غائبين (٥٠).

يقول المرغيناني : الكتاب كالخطاب ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب (٥١).

ويقول الدسوقي : يصح - البيع - بقول من الجانبين أو كتابة منهما ، أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر (٥٢).

الوسيلة الثالثة : الرسالة :

اتفق الفقهاء على جواز انعقاد جميع العقود بإرسال رسول (٥٣).

يقول المرغيناني : **الكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة (٥٤).**

فلو أرسل إنسان رسولا إلى آخر ليبلغه بأنه باعه سيارته بمبلغ كذا ، فبلغه هذا الإيجاب في المجلس ، فقبل المشترى . انعقد العقد . لأن الرسول ناقل للإيجاب فكأن الإيجاب صدر من المرسل في المجلس الذى تم فيه القبول .

ولو أرسل لخاطب لمخطوبته رسولا بإيجابه ، فنقل الرسول إليها هذا الإيجاب ، فقبلت في المجلس ، وسمع الشهود الإيجاب من الرسول ، والقبول

---

(٥٠) ابن عابدين ، جـ٤ ، ص ٥ . حاشية الدسوقي ، جـ٣ ، ص ٣-٤ . مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ص ٥. كشاف القناع ، جـ٣ ، ص ١٤٨ .

(٥١) الهداية مع فتح القدير ، جـ٥ ، ص ٧٩ .

(٥٢) حاشية الدسوقي ، جـ٣ ، ص٣ .

(٥٣) أنظر المراجع السابقة .

(٥٤) الهداية ، جـ٥ ، ص ٧٩ .

منها . انعقد الزواج .

انعقاد العقد بالهاتف ونحوه :-

ينعقد العقد بالهاتف وغير ذلك من الوسائل الحديثة التى يمكن التعبير من خلالها عن الرغبة فى التعاقد .

الوسيلة الرابعة : الإشارة : -

فرق الفقهاء بين الأخرس وغير الأخرس فى حكم التعاقد بالإشارة .

أ- التعاقد من غير الأخرس :

إذا كان الشخص قادرا على العبارة ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز تعاقده بالإشارة . فذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك . لأن العبارة أوضح فى الدلالة على الرضا من الإشارة ، فلا يعدل عنها ، إليها ، مع القدرة عليها .

وذهب المالكية إلى جواز التعاقد بالإشارة حتى مع القدرة على العبارة ، لدلالتها على الرضا عرفا (٥٥). والراجح هو رأى الجمهور .

ب- التعاقد من الأخرس :-

إما أن يكون الأخرس قادرا على الكتابة ، وأما أن لا يكون قادرا عليها . فإذا كان لا يعرف الكتابة فقد اتفق الفقهاء على جواز تعاقده بالإشارة المعهودة والمفهومة فى جميع العقود .

---

(٥٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٣ - ٣٤٤ . مجلة الأحكام العدلية ، م(٧٠) . الفواكة الدوانى ، حـ٢ ، ص ٥٧ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ١٧ . حاشية القليوبى مع عميره ، حـ٢ ، ص١٥٥ . المنثور للزركشى ، حـ١ ، ص ١٦٤ . المغنى لابن قدامه ، حـ٧ ، ص ٢٣٩ .

قال ابن نجيم : الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة فى كل شئ [٥٦].

أما إذا كان يستطيع الكتابة فقد اختلف الفقهاء فى تعاقده بالإشارة . فذهب الحنفية فى الراجح عندهم إلى عدم جواز تعاقده بالإشارة مع القدرة على الكتابة. لأن الكتابة أوضح من الإشارة، فلا يعدل عنها إليها مع القدرة عليها.

وذهب الحنفية فى الرواية المرجوحة والشافعية إلى جواز التعاقد بأى منهما. لدلالة كل منهما على الرضا .

والراجح هو الأول وهو الذى تأخذ به القوانين الوضعية .

الوسيلة الخامسة : التعاقد بالمعاطاة :-

المعاطاة هي المبادلة الفعلية . كأن يأخذ المشترى المبيع ويدفع الثمن للبائع، أو يدفع البائع المبيع للمشترى فيقوم الأخير بدفع الثمن من غير تكلم ولا إشارة.

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج لا ينعقد بالمعاطاة مطلقا . لوجوب صونه عن مواطن الشبه والاحتمالات .

أما سائر العقود الأخرى فقد اختلف الفقهاء فيها .

فذهب الجمهور إلى جواز انعقادها بالتعاطى إذا وجدت قرائن تدل على أنه يفيد الرضا . لجريان عرف الناس على التعاقد بهذه الوسيلة .

وذهب الشافعية فى ظاهر المذهب إلى عدم جواز التعاقد بالمعاطاة وذلك لما يلى :-

---

(٥٦) المراجع السابقة .

١.عدم دلالة التعاطى على الرضا لغة .

٢.وضوح دلالة الألفاظ على الرضا من الأفعال ، فلا يجوز تـرك الأوضـح إلى غيره بدون ضرورة .

والراجح هو رأى الجمهـور . لأن النـاس تعـارفوا علـى ذلـك ، والمعـروف عرفا كالمنصوص نصا .

الخلاصة :

خلاصـة القـول أن وسـائل التعبـير عـن الإرادة هـى : العبـارة ، والكتابـة ، والرسالة ، والإشارة ، والمعاطاة .

المطلب الثانى
فى
شروط الصيغة

اشترط الفقهاء فى الصيغة شروطا لا ينعقد العقد بدون توفرها وهى : اتحاد المجلس ، وموافقة القبول للإيجاب ، وعدم تقييدها بقيد لايصح أن تقيد به . وإليك بيان هذه الشروط .

الشرط الأول : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول :

ويكون ذلك بأن يصدر الإيجاب من الموجب ويظل قائما حتى يصدر القبول من القابل دون أن يحصل ما يدل على الأعراض عن الإيجاب من أحدهما .

ولا يشترط صدور القبول فور الإيجاب عند الجمهور ، وإنما يجوز أن يكون ذلك على التراخى. شريطة عدم صدور ما يدل على الاعراض عن الإيجاب من أحدهما .

وذهب الشافعية إلى أنه يجب صدور القبول فور الإيجاب بحيث لا يفصل بينهما فاصل زمنى وإلا لا يكون المجلس متحدا وبالتالى لا ينعقد العقد [٥٧].

العقود التى لا يلزم قبولها فى المجلس :-

هناك عقود لا يشترط صدور القبول فيها فى المجلس نظرا لطبيعتها وهى:- الوكالة، والجعالة ، والهبة ، والوصية ، والإيصاء . وإليك بيان ذلك:-

---

([٥٧]) ابن عابدين ، حـ٤ ، ص ٧٨ . البدائع ، حـ٥ ، ص ١٣٧ . العناية على الهداية ، حـ٥ ، ص ٧٨ . مواهب الجليل ، حـ٤ ، ص ٢٤٠ - ٢٤١ . نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص ٢٦٩ - ٢٧٠ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٥-٦ ، حاشية القليوبى ، حـ٢ ، ص ١٥٤. كشاف القناع ، حـ٣ ، ص ١٤٧ -١٤٨ .

١- الوكالة :

يجوز للوكيل أن يقبل الوكالة فى المجلس ، كما يجوز أن يقبلها بعد ذلك فى أى وقت . لأن الغرض منها هو الارفاق والمعونة فاقتضت طبيعتها التيسير ، وإلا امتنع الناس عن قبولها .

٢- الجعالة :

لا يشترط فيها حضور العامل وقت إيجاب الجاعل ، وإعلانه ، وبالتالى يجوز القبول فيها فى المجلس ويجوز بعد ذلك حينما يعلم بها العامل . لأن طبيعتها تقتضى ذلك .

٣- الهبة :

يجوز للموهوب له أن يقبل الهبة فى المجلس ، كما يجوز أن يقبلها بعد ذلك. وهذا عند بعض الفقهاء .

٤- الوصية :

إن الوقت الحقيقى لقبول الوصية هو بعد وفاة الموصى . لأن طبيعة الوصية أنها تمليك مضاف إلى ما بعد وفاة الموصى .

٥- الإيصاء :

يجوز أن يكون قبول الإيصاء بعد وفاة الولى أو الوصى أيضا . كما هو الحال بالنسبة للوصية .

الشرط الثانى : موافقة القبول للإيجاب :

اتفق الفهاء على أنه يشترط لانعقاد العقد موافقة القبول للإيجاب ، وهذه

الموافقة أما أن تكون صريحة ، وإما أن تكون ضمنية . **فالموافقة الصريحة** هى التى يحدث فيها تطابق تام بين القبول والإيجاب فى كل جزئية من جزئياته. ففى عقد البيع مثلا يشترط أن يقبل المشترى ما أوجبه البائع بما أو جبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد العقد من غير ايجاب مبتدأ موافق [٥٨].

أما الموافقة الضمنية فهى : ما كانت فى الأصل مخالفة ولكنها لمصلحة الموجب وخير له ، لذلك لا تعتبر مخالفة وإنما تعتبر موافقة ضمنية ، فينعقد العقد معها باتفاق الفقهاء .

فلو قال البائع : بعتك هذه السلعة بألف . فقال المشترى : اشتريتها بألف ومائة . انعقد العقد لأن المخالفة لمصلحة البائع . لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل [٥٩].

الشرط الثالث : عدم تقييد الصيغة بقيد لا يجوز أن تقيد به :

يشترط أيضا ألا تقيد الصيغة بقيد لايجوز تقييدها به . وذلك كعقد الزواج ، فإنه لا يصح أن يضاف إلى زمن يأتى فى المستقبل ، ولا تعليق صيغته على شرط لا يمكن تحقيقه فى الحال ، ولا أن يكون فيه خيار لأحد المتعاقدين . لأن الفقهاء اشترطوا فى صيغة عقد الزواج أن تكون منجزة ، وتقييدها بأى قيد من هذه القيود ينافى هذا الشرط ، فلا ينعقد العقد .

فلو قال الرجل : تزوجتك بعد شهر مثلا . فقالت : قبلت . لا ينعقد العقد مطلقا . لأن الإضافة إلى الزمن تنافى موجب عقد الزواج . لأن آثارة تترتب

---

(٥٨) البدائع . جـ٥ ، ص ٣٦ - ١٣٧ . مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ص ٦ . كشاف القناع ، جـ٣ ، ص ١٤٦ . الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ٣٠ ، ص ٢١١ .

(٥٩) فتح القدير ، جـ٥ ، ص ٧٧ . ابن عابدين ، جـ٤ ، ص ١٩ .

عليه فى الحال .

ولو قال الرجل : إن نجحت فى الامتحان فقد تزوجتك . فقالت : قبلت . لا ينعقد العقد أيضا . لأنه علق الزواج على شرط لا يمكن تحقيقه فى الحال وهذا لا يجوز .

وإذا قال الرجل : تزوجتك على أن لى الخيار فى المجلس أو على أن لى الخيار لمدة ثلاثة أيام . فقالت : قبلت . لا ينعقد العقد مطلقا . لوجود الخيار فى العقد .

مبطلات الإيجاب

يبطل الإيجاب بالرجوع عنه من الموجب ، وبرفضه من الذى وجه إليه ، وبموت الموجب أو فقدانه لأهليته ، وبموت من وجه إليه الإيجاب ، أو فقدانه لأهليته ، وبانقضاء المجلس وبهلاك المحل ؟، وإليك بيان ذلك :-

أولاً : الرجوع عن الإيجاب :-

اختلف الفقهاء فى بطلان الإيجاب بالرجوع عنه من الموجب ، فذهب الجمهور إلى جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، وذلك لما يلى :-

١-أن الموجب هو الذى أثبت للمخاطب ولاية القبول ، فله أن يرفعها .

٢-أنه لو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ، فالبائع مثلاً مالك للسلعة ، والمشترى يمتلكها بالعقد ، ولا يعارض حق التملك حقيقة الملك [٦٠] ، وذهب المالكية [٦١] إلى انه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل أن يصدر القبول من الطرف الآخر ، لأن الموجب أعطاه الحق فى القبول أو الرفض فى مجلس العقد ، فلا يجوز له إبطاله .

ثانياً : رفض الإيجاب من الذى وجه إليه :-

يبطل الإيجاب إذا رفضه الطرف الآخر باتفاق الفقهاء ، سواء كان الرفض صريحاً أو ضمنياً . [٦٢] فالصريح ما كان بلفظ صريح فى الدلالة على بطلان الإيجاب ، ولا يشترط لذلك لفظ مخصوص .

---

(٦٠) الفتاوى الهندية، حـ٣ ،ص٨ . البدائع، حـ٥، ص١٣٨. فتح القدير، حـ٥، ص٧٨. مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٦ . الوجيز للغزالى ، حـ١ ،ص١٣٩ . الشرح الكبير مع المغنى ، حـ٤ ،ص٤ .

(٦١) مواهب الجليل ، حـ٤ ، ص٢٤٠-٢٤١ . حاشية الدسوقى ، حـ٣ ،ص٤ .

(٦٢) ابن عابدين ،حـ٤ ،ص٢٠ . مواهب الجليل ،حـ٤ ،ص٢٤٠-٢٤١ . نهاية المحتاج، حـ٣ ، ص ٢٦٩ - ٢٧٠ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص١٤٧ - ١٤٨ .

أما الضمنى فيكون بصدور ما يدل على عدم الموافقة على الإيجاب .

ثالثاً : موت الموجب أو فقدانه لأهليته :-

اختلف الفقهاء فى بطلان الإيجاب بموت الموجب .

فذهب الجمهور، إلى أنه يبطل بوفاته قبل صدور القبول من الطرف الآخر، وذلك يلى :-

١- إن القبول بعد وفاة الموجب لا يجد ما يلتقى معه من الإيجاب لبطلانه بالوفاة .

٢- إن مجلس العقد انفض بالوفاة فلم يوجد شرط الإنعقاد وهو اتصال القبول بالإيجاب (٦٣) .

وألحق بعض الفقهاء الجنون والإغماء بالوفاة فى بطلان الإيجاب بهما (٦٤).

رابعاً : موت من وجه إليه الإيجاب أو فقدانه لأهليته :-

اختلف الفقهاء فى بطلان الإيجاب بوفاة من وجه إليه .

فذهب الجمهور إلى أنه يبطل بوفاته أيضاً (٦٥) .

وذهب المالكية إلى عدم بطلانه بموت المخاطب . وينتقل الحق فى القبول أو الرفض لورثته .

قال القرافى : إذا أوجب لزيد فلوارثه القبول والرد (٦٦) ، وألحق بعض الفقهاء الجنون والإغماء بالوفاة كما سبق (٦٧) .

---

(٦٣) ابن عابدين ، حـ٤ ، ص ٢٠ . الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص٧ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٦ . المغنى لابن قدامه ،حـ٤ ، ص٩-١٠ .

(٦٤) مغنى المحتاج ،حـ٢ ، ص٦ .

(٦٥) المراجع السابقة .

خامساً : انقضاء المجلس :-

يبطل الإيجاب كذلك بانقضاء المجلس قبل صدور القبول من الطرف الآخر بأى أمر من الأمور [٦٨] .

سادساً : هلاك المحل :-

يبطل الإيجاب أخيراً بهلاك محل التعاقد قبل صدور القبول سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً، لاستحالة العقد .

---

(٦٦) الفروق ، حـ٣ ، ص٢٧٧ . مواهب الجليل للحطاب ، حـ٤ ،ص ٢٤٠ -٢٤١ .

(٦٧) مغنى المحتاج ، حـ٢ ،ص٦ .

(٦٨) المراجع السابقة .

المطلب الثالث
فى
أثر التعارض بين الإرادتين فى إنشاء العقد

لما كان الرضا بين العاقدين أمراً داخلياً لا يمكن الإطلاع عليه ، فقد أقام الفقهاء مقامه أمراً ظاهراً خارجياً يدل عليه وهو الصيغة .

غير أن هذه الصيغة التى تمثل الإرادة الظاهرة فى إنشاء العقد ، لا تدل دلالة قاطعة على وجود الإرادة الباطنة فى إنشائه والرغبة الحقيقية فى إحداثه لآثاره.

لأنه فى بعض الحالات تتوافر دلائل قوية تدل على عدم وجود الرغبة فى إنشائه أو الرضا به ، كتعاقد السكران وتعاقد المكره .

وفى بعضها الآخر قد يبتغى العاقد تحقيق آثار مخالفة للآثار التى رتبها الشارع على العقد الذى عقده، وهكذا .

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن العقد ينتج آثاره المشروعة فى حالة اتفاق الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة على تحقيق هذه الآثار .

ولكنهم اختلفوا فى حالة تعارض هاتين الإرادتين إلى اتجاهين هما :-

الإتجاه الأول :- ذهب الجمهور إلى أن العبرة فى هذه الحالة بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة ، لأنها الأساس الذى يبنى عليه الحكم، أما الإرادة الظاهرة فما هى إلا علامة على ما خفى فى الضمير وكمن فى نفس المتعاقد ، وذلك لقول النبى ﷺ: " **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل إمرئ ما نوى** " .

الإتجاه الثانى :- وذهب الشافعية إلى أن العبرة بالإرادة الظاهرة دون

الإرادة الباطنة ، لأن الأحكام الدنيوية ينبغي أن تبنى على الظاهر ، لأنه الأمر المنضبط الذي يترتب عليه استقرار شئون الحياة .

وقد ذكر الفقهاء تطبيقات كثيرة تتعارض فيها الإرادتان نتكلم عن كل منها في فرع مستقل :-

الفرع الأول :- في عدم قصد النطق بالعبارة .

الفرع الثاني :- في قصد النطق بالعبارة دون معرفة لما تدل عليه من معنى .

الفرع الثالث :- في قصد النطق بالعبارة ومعرفة معناها مع عدم قصد استعمالها في هذا المعنى ولا في غيره .

الفرع الرابع :- في قصد النطق بالعبارة مع العلم بمعناها وقصد استعمالها في هذا المعنى ، مع عدم قصد التعاقد بها ولا التقيد بالأحكام المترتبة عليه .

الفرع الخامس :- في تعارض غرض العاقد من التعاقد مع قصد الشارع الحكيم .

الفرع الأول
فى
عدم قصد النطق بالعبارة

قد يتكلم الإنسان بعبارة منشئة للعقد ولكنه لا يقصد النطق بها . وفى هذه الحالة فرق الفقهاء بين حالتين :-

أ- الحالة الأولى : الجنون وما فى معناه :-

وفى هذه الحالة اتفق الفقهاء على أن عبارة المجنون ، والمعتوه ، والصبى غير المميز ، لا تنشئ عقداً ولا ترتب التزاماً مطلقاً ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة فى نظر الشارع الحكيم لا يعتد بها ولا يلتفت إليها . لعدم دلالتها على الإرادة الباطنة .

ب- الحالة الثانية : السكر ، والخطأ ، والنسيان

وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء فى حكم تعاقد السكران ، والمخطئ ، والناسى ، وإليك البيان :-

١- السكران :- هو من استتر عقله نتيجة تناوله مادة مسكرة ، وقد فرق الفقهاء فى الحكم بين السكر بطريق مباح والسكر بطريق محرم .

أ- السكر بطريق مباح : كمن يتناول مادة مسكرة غير عالم بحقيقتها أو تناولها فى حالة الضرورة ، وفى هذه الحالة اتفق الفقهاء على أن عبارة السكران لا تنشئ عقداً ولا ترتب التزاماً مطلقاً ، لعدم ارتكابه فعلاً محرماً يستوجب العقاب .

ب- السكر بطريق محرم : كمن يشرب الخمر للتلذذ ، وفى هذه الحالة

اختلف الفقهاء ، فذهب الجمهور إلى أن عبارة هذا السكران تنشئ العقد وترتب الإلتزام لأن عقله قائم وموجود ، إلا أنه متوقف عن العمل خلال فترة السكر ، ولما كان سكره بإرادته واختياره وعلمه بتحريمه ، وجب ألا يكون سبباً في التحلل من الإلتزامات المترتبة على العبارة الصادرة منه عقاباً له على جريمته.

وذهب الحنابلة إلى أنه لا فرق بين السكر بطريق مباح ، والسكر بطريق محرم ، فعبارة السكران لا تنشئ عقداً ولا ترتب التزاماً ، لعدم قصده النطق بها ، فهو فاقد العقل والإرادة كالمجنون (٦٩) .

وهذا ما نرجحه، لانتفاء الرضا الذى هو الركن الجوهرى فى جميع العقود، وعقاب السكران إنما يكون بتوقيع الحد عليه فقط .

٢- المخطئ والناسي :-

المخطئ هو من أراد أن يتكلم بكلام فسبق لسانه بغيره ، أما الناسى فهو : من لا يستطيع استحضار الشئ فى ذهنه عند حاجته إليه (٧٠) .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم تعاقد كل منهما ، فذهب الجمهور (٧١) ، إلى أن عبارة كل منهما لا تنشئ عقد ولا ترتب التزاماً واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة .

---

(٦٩) ابن عابدين، جـ٢ ، ص٢٣٤ . حاشية الدسوقى ، جـ٣ ،ص٥ . شرح الخرشى ،جـ٥، ص٨ . الأشباه والنظائر للسيوطى ، مغنى المحتاج ،جـ٢ ، ص٧-١١ . المغنى ، جـ٣ ، ص١٠٢ .

(٧٠) الأباه والنظائر للسيوطى ، رقم ١٢٤ .

(٧١) أصول الفقه ، الحضرى ، ص١١٩ .

أولا : القرآن الكريم :

١- قوله تعالى : ﴿ **ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا** ﴾ .

٢- قوله عز وجـل : ﴿ **وليس عليكم جناح فيما أخطـأتم بـه ، ولكـن مـا تعمدت قلوبكم** ﴾ .

ثانياً : السنة المطهرة :-

أما السنة فقوله ﷺ : "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

فقد دل القرآن الكريم علـى رفـع إثـم الخطـأ والنسـيان ، وأكـدت السـنة هـذا الحكم ، فتكون عبارة كل مـن المخطـئ والناسـى لا أثـر لهـا فـلا يعتد بهـا ولا يلتفت إليها متى ثبت الخطأ والنسيان .

وذهب الحنفية [٧٢] إلى صـلاحية كل منهما لإنشاء العقود وترتب الإلتزامـات عليها ، وذلك سداً لذريعة دعوى الخطأ أو النسيان للتخلص من تبعـات العقـد ، والراجح هو الإتجاه الأول لقوة أدلته .

---

(٧٢) ابن عابدين ، حـ٢ ، ص ٤٣٦ .

الفرع الثانى
فى
قصد النطق بالعبارة مع عدم العلم بمعناها

إذا تكلم العاقد بعبارة منشئة للعقد ولكنه لا يعلم معناها كمن يتكلم بلغة لا يعرفها ، فقد اتفق الفقهاء في الجملة –على أن هذه العبارة لا تنشئ عقداً ولا ترتب التزاماً ، لعدم دلالتها على الرضا بالتعاقد .

غير أن بعض الحنفية يوقعون الطلاق وينشئون الزواج بمثل هذه العبارة . قياساً على وقوع الطلاق ، وإنشاء الزواج ، فى حالة الهزل ، لقول الرسول ﷺ: " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق " [٧٣] ولكن المفتى به عندهم وقوع الطلاق ، وانعقاد الزواج بها قضاء لا ديانة .

والراجح هو عدم انعقاد أى عقد بمثل هذه العبارة ، لعدم دلالتها على الرضا بالأثر المترتب عليها لعدم علم العاقد بالمعنى المراد منها .

---

(٧٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٧٦ .

الفرع الثالث
فى
قصد النطق بالعبارة دون قصد استعمالها فى معناها

إذا تكلم العاقد بعبارة منشئة للعقد ، وكان يعلم معناها إلا انه لا يقصد استعمالها فى هذا المعنى ولا فى غيره ، وإنما تلفظ بها تحقيقاً لغرض معين ، كالتعليم ، أو التعلم أو الحكاية .ونحو ذلك ، فهذه العبارة حكمها هو نفس الحكم فى الحالة السابقة [٧٤] .

---

(٧٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٧٦ .

الفرع الرابع
فى
قصد النطق بالعبارة ، مع عدم قصد إنشاء العقد بها

إذا قصد العاقد النطق بالعبارة ، وكان يعلم معناها ، ويقصد استعمالها فى هذا المعنى ، إلا أنه لا يقصد ترتب الإلتزامات المترتبة عليها . فهل هذه العبارة تنشئ العقد وترتب الإلتزام ؟

للكلام على حكم هذه الحالة نتكلم عن تعاقد الهازل والمكره .

١ - الهازل :-

الهازل هو : الذى يتكلم بكلام بقصد المزاح واللهو ، ولا يقصد منه ترتب آثاره عليه . كمن يقول -مازحاً- لزوجته : أنت طالق . وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء فى إنشاء العقد بعبارة الهازل .

فذهب الجمهور . إلى أنها لا تنشئ عقداً ولا ترتب التزاماً . لعدم دلالتها على الرضا بالتعاقد .

غير أنهم استثنوا خمسة عقود وقالوا : بأنها تنعقد بعبارة الهازل وهى : الزواج ، والطلاق، والرجعة ، واليمين ، والعتاق . . لقول الرسول ﷺ : " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : الزواج والطلاق ، والعتاق ." وفى رواية زيد :"اليمين والرجعة؟" وذلك لأن هذه العقود يغلب عليها الطابع الدينى ، كما أن فيها حق الله عز وجل ، فلا يمنع الهزل من إنشائها وترتب الالتزامات عليها . حتى لا يستزيء البعض بأحكام الإسلام ويتخذها مادة للهو والمزاح . وقد نهى الله عز وجل عن ذلك . (٧٥)

---

(٧٥) البدائع، حـ٥، ص١٧٦. حاشية الدسوقى،حـ٣ ،ص٣٦٦ . المغنى ، حـ٤ ، ص٢٢٩.

وذهب الشافعية [٧٦] إلى أن عبارة الهازل تنشيء جميع العقود . لا فرق بين عقد وآخر وذلك لما يلي :-

١-إن الهازل قاصد لها ، عالم بمعناها ، قاصدا استعمالها فيه . فتكون سببا صحيحا لإنشاء العقد بها ، وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب ، سواء أكان من أتى بالسبب راضيا بالمسبب أم لا . لأن ترتب المسبب على السبب بعد وجوده من صنع الشارع الحكيم ، ولا دخل لإرادة المكلف فيه . فمتى أتى المكلف بالسبب ترتب عليه مسببة سواء قصد ذلك المسبب أو لم يقصده. ولما كان الهازل قد أتى بالسبب وهو الصيغة ، فإن مسببه يترتب عليه وهو إنشاء العقد بها وترتب آثاره عليه . أما قصده عدم إنشاء العقد بعبارته فيكون لغوا لا يلتفت إليه .

٢-قياس جميع العقود على العقود الخمسة المذكورة في الحديث.

٣-إن هذا الحكم يؤدي إلى استقرار التعامل بين الناس ، ويسد ذريعة القول بعدم قصد إنشاء العقد بعد النطق بالعبارة المنشئة له . للتهرب من التبعات المالية والراجح هو قول الجمهور القائل بعدم انعقاد العقد بعبارة الهازل . لعدم دلالتها على الرضا بالتعاقد ، بإستثناء العقود الخمسة التي قرر الرسول ﷺ انعقادها بعبارة الهازل نظرا لطابعها الديني فلا يقاس عليها غيرها من العقود .

٢- المكره :

المكره هو : من أكره على فعل أو قول ما يكرهه ولا يريد فعله أو قوله لو لم يحمل عليه .

---

(٧٦) نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص٣٧٧ . وانظر اعلام الموقعين، حـ٣ ، ص٥٥ ، حـ٤، ص٧٢ .

ـ: أكره إنسان على النطق بعبارة منشئة للعقد ، فهل يترتب عليها أثرها وينشأ لعقد بها ؟.

ختلف الفقهاء فى هذه الحالة . فذهب الجمهور (٧٧) إلى أن هذه العبارة لا تنشىء عقدا ولا ترتب التزاما، وأستدلوا على ذلك بالسنة المطهرة ، والمعقول.

أولا : السنة المطهرة :

أما السنة فقول الرسول ﷺ:"رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه." فهذا الحديث يدل على رفع حكم الأمر الذى أكره الإنسان عليه . فيكون حكم عبارة المكره مرفوعا لا أثر له فلا يعتد به ولا يلتفت إليه .

ثانيا : المعقول :

أما المعقول فقالوا : إن الإكراه ينافى الرضا فلا ينعقد العقد معه .

وفرق الحنفية بين (٧٨) العقود الخمسة الواردة فى الحديث السابق ، والعقود الأخرى .

أما العقود الخمسة فقالوا : بأنها تنعقد مع الإكراه وذلك لما يلى :

١- إن الشارع الحكيم يكتفى فى صحة هذه العقود بتحقيق الاختيار ، ولا يشترط وجود الرضا . والمكره قد نطق بالعبارة مختارا فينعقد العقد بها وتترتب عليها آثارها على الرغم من انعدام الرضا.

٢-ان الشارع الحكيم استثنى هذه العقود الخمسة وقضى بصحتها وترتب الآثار

---

(٧٧) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٦ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٧ . كشاف القناع ، حـ٣، ص١١٩ .

(٧٨) ابن عابدين ، حـ٥ ، ص١١٧ . الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٣٣٧ .

عليها مع الهزل . فلزم أن تكون كذلك مع الإكراه .

وأما باقى العقود فقالوا : بأنها تنعقد موقوفة على إزالة الإكراه. لأن الشارع الحكيم يتطلب الاختيار فى انعقادها ويشترط الرضا لصحتها . فإذا وجد الاختيار وتحقق الرضا انعقدت صحيحة ، أما اذا وجد الاختيار وانعدم الرضا ، فإنها تنعقد موقوفة على إزالة الاكراه فإن أزيل صح العقد ، وإلا لا يصح ولا يترتب عليه أثره .

والراجح هو الرأى الأول لقوة أدلته فلا فرق بين عقد وآخر فى اشتراط الرضا ليكون صحيحا.

الفرع الخامس
فى
تعارض القصد من التعاقد مع قصد الشارع الحكيم

إذا كان الغرض من التعاقد يتنافى مع الغرض الذى شرع من أجله هذا التعاقد. فهل ينعقد العقد وتترتب عليه آثاره أم لا؟ ومن أمثلة ذلك ما يلى:-

١-زواج المحلل : وهو من يتزوج إمرأة مطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها الأول. فإن الزواج فى ذاته مشروع إلا أنه لم يعقد من أجل ما شرع له وهو تكوين الأسره وانجاب الأولاد على سبيل الدوام .

٢-طلاق الفرار : وهو الطلاق البائن فى مرض الموت فرارا من الميراث. فإن الطلاق فى ذاته مشروع غير أنه اتخذ وسيلة إلى غير ما شرع له .

٣-بيع العينة : وهو أن يبيع إنسان سلعة بألف مؤجلة ثم يشتريها من المشترى بتسعمائة حالة . فالبائع قد توصل بهذا البيع إلى الربا المحرم . وهو مخالف لما شرع البيع من أجله

٤-بيع السلاح فى أوقات الفتن ، وبيع العنب لمن يعصره خمرا . فالبيع فى ذاته حلال ، إلا أن البائع قصد منه التوصل إلى غرض محرم .

وهذا النوع من التصرفات والتعاقدات اتفق الفقهاء على أنها ممنوعة وغير جائزة إذا ظهر أن الغرض منها التوصل إلى فعل المحرم . لأن الاتيان بها فى هذه الحالة يكون ستارا وحيلة لارتكاب المحرم. أما اذا لم يظهر أن الغرض منها ذلك فإنها لا تكون ممنوعة بالاتفاق أيضا .

غير أنهم اختلفوا فى الدليل الذى يظهر به هذا القصد الذى يتنافى مع قصد الشارع الحكيم .

فذهب الشـافعية [٧٩] إلـى أنـه يقتصـر علـى اللفظ والعبـارة فقـط . ولاتكفـى القرائن والملابسات .

وذهب المالكية [٨٠] والحنابلة [٨١] إلى أن الدليل كما يكون بـاللفظ ، والعبـارة يكون بالقرائن والملابسات المحيطة بالعقد أو التصرف .

والحنفية [٨٢] يتفقون مع المالكية والحنابلة غير أنهم يشـترطون فـى القرينـة أن تكون قوية فى دلالتها على القصد المحرم .

---

(٧٩) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٣٧ -٣٩ .

(٨٠) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٧ – ٨٨ .

(٨١) المغنى ، ح٤ ، ص٢٤٥، ٢٤٦ ، ١٩٥ ، حـ٦ ، ص٦٤٦ .

(٨٢) تبيين الحقائق للزيلعى ، حـ٦ ، ص٢٠ .

المطلب الرابع
فى
أثر الارادة المنفردة فى انشاء العقود

ذكرنا أن التصرف الذى يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر شرعى معين يسمى عقدا ، أما الذى يتم بإرادة واحدة فلا يسمى عقدا وانما يسمى تصرفا أو التزاما عند الجمهور والحنفيون يطلقون على كليهما عقدا .

والتصرفات التى تتم بالارادة المنفردة لها تطبيقات كثيرة فى الكتب الفقهية ، بغض النظر عن تسميتها عقدا أو تصرفا .

والى جانب هذه التصرفات ، قد يتولى طرف واحد فقط إنشاء العقد الذى يحتاج إلى توافق ارادتين معا .

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : فى التصرفات التى تتم بإرادة واحدة .

الفرع الثانى : فى تولى العاقد الواحد طرفى العقد .

الفرع الأول
فى
التصرفات المنفردة

قد ينشأ الالتزام بإرادة واحدة ، ولذلك تطبيقات كثيرة فى كتب الفقه المختلفة منها مايلى :

١- الوصية : هى تمليك مضاف إلى مابعد وفاة الموصى ، وهى تنشأ وتتم بإرادته واحدة ، ولاتحتاج إلى قبول من الموصى لـه ، وخاصـة اذا كـان عددا لايحصى أو كان جهة من الجهات ولايوجد من يمثلها قانونا . لتعذر القبول فى هذه الحالة .

٢- الوقف : هو حبس العين والتصدق بالمنفعـة . فهو يتم بإرادة الواقف دون ما حاجة إلى قبـول من الموقوف عليهم . لأن الوقف ليس علـى شخص معين حتى يمكن أن يتأتى منه القبول [٨٣] .

٣- الهبة : ذهب البعض إلى أنها تنشأ وتتم بالايجاب من الواهب ولاتحتاج إلى قبول من الموهوب له.وإن كان القبض شرطا لتملك الموهوب له إياها [٨٤].

٤- الكفالة : يرى البعض أنها تتم بالايجاب من الكفيل ولاتحتاج إلى قبـول من المدين ولا من الدائن .

٥- الجعالة : وهى التزام الجاعل جعلا معينا لمـن يقـوم لـه بعمـل معين ، وهى تتم بإرادته وحده ولاتحتاج إلى قبول من أحـد . إذا الفـرض عدم معرفـة العامل قبل أن يقوم بالعمل .

---

(٨٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٦٠٠ .

(٨٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٦٥٤ .

٦- الأبراء : وهو اسقاط مافى الذمة من حق او دين . وهو يتم بإرادة الدائن أو صاحب الحق ولايحتاج إلى قبول من المدين أو صاحب الحق . لأنه إسقاط ، وهذا لايحتاج إلى قبول عند الجمهور .

٧- النذر : وهو إلزام المكلف نفسه شيئا لله تعالى لم يكن لازما عليه بأصل الشرع [٨٥] وهو يتم بإرادة الناذر وحده ويجب عليه الوفاء به اذا كان طاعة لله تعالى . لقوله تعالى : "وليوفوا نذورهم".

٨- اليمين : وهو يتم بإرادة الحالف وحده لأنه ألزم نفسه بفعل أو ترك ما حلف عليه .

٩- الطلاق : يقع بمجرد إيقاعه من الزوج ، ولايتوقف على قبول من الزوجة ، بل إنه يقع حتى ولو لم ترض به [٨٦] .

---

(٨٥) كشاف القناع ، جـ٦ ، ص٢١٩ .
(٨٦) المغنى ، جـ٨ ، ص٦٧٦ . الشرح الصغير ، جـ٢ ، ص١٩٦ .

الفرع الثانى
فى
تولي العاقد الواحد طرفى العقد

الأصل أن العقد لاينشأ إلا بطرفين ، يعبر أحدهما عن الايجاب ، والآخر عن القبول .

ولكن هل يجوز أن يتولى شخص واحد إنشاء العقد نيابة عن الطرفين ؟

للأجابة على ذلك نفرق بين عقد الزواج وسائر العقود الأخرى .

أولا: عقد الزواج :-

اختلف الفقهاء فى جواز تولى شخص واحد طرفى عقد الزواج . فذهب الجمهور إلى جواز ذلك بشرط أن يكون لهذا العاقد حق تمثيل الطرفين ، سواء بصفة واحدة أو بصفتين . كما لو كان وليا على الزوجين أو وكيلا عنهما . أو كان وليا من جانب ووكيلا من الجانب الآخر ، أو وليا من جانب وأصيلا من الجانب الآخر ، أو وكيلا من جانب وأصيلا من الجانب الآخر . واستدلوا على ذلك بما يلى :-

١-عن عقبة بن عامر أن النبى ﷺ **قال لرجل : "أترضى أن أزوجك** فلانه؟ قال : نعم وقال للمرأة : **"أترضين أن أزوجك فلانا؟" قالت : نعم فزوج أحدهما من الآخر".**

٢-روى البخارى **أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلى ؟ قالت : نعم ، قال : قد تزوجتك .**

٣-إن الوكيل فى عقد الزواج ماهو إلا سفير ومعبر ، فلا ترجع إليه

حقوقه وانما تعود الى الموكل ، فلايكون هناك تناف أو تضاد فى الأحكام .

وذهب زفر -من الحنفية- إلى عدم جواز تولى طرف واحد عقد الزواج. وإنما يلزم أن يتولاه عاقدان يعبر أحدهما عن الايجاب، والآخر عن القبول.

ثانيا : العقود الأخرى :

اختلف الفقهاء فى جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فى سائر العقود الأخرى .

فذهب المالكية والحنابلة إلى جواز ذلك أيضا كما هو الحال فى الزواج، شريطة أن تكون له صفة فى إنشاء العقد عنهما . لأن عبارة العاقد ذى الصفتين تمثل عبارتين . كما أن حقوق العقد يجوز أن تعود إلى الموكل عندهم. فلم يكن هناك تناف أو تناقض فى الأحكام .

وذهب الحنفية والشافعية إلى عدم جواز ذلك لأن حقوق العقد تنصرف إلى العاقد لا إلى الأصيل -وخاصة عند الحنفية- فلو جاز أن يتولاه شخص واحد، لوقع التناقض والتضاد فى الأحكام ، إذ يكون الشخص مملكا ومتملكا ، ومطالبا ومطالبا ، ومخاصما ومخاصما وهذا لايجوز .

وقد استثنى الحنفية بعض الصور فأجازوا أن يتولاها الولى أو الوصى أو القاضى الضرورة .

المبحث الثانى
فى
العاقدين

العاقدان هما المنشئان للعقد بالصيغة المعبرة عن إرادتهما واختيارهما ، وهما الركن الثانى للعقد كما سبق .

والعاقد إما أن يعقد لنفسه ، وإما أن يعقد لغيره ، فإذا كان يعقد لنفسه ، لزم أن تكون له أهلية الإنعقاد . أما إذا كان يعقد لغيره فإنه يجب أن تضاف إلى هذه الأهلية ، السلطة التى تعطيه الحق فى أن يعقد العقد لهذا الغير .

وهذه السلطة إما أن يكون مصدرها الشرع كالولاية ، وإما أن يكون مصدرها الإتفاق وهى الوكالة .

كما أن العاقد قد يبرم العقد للغير دون أن تكون له سلطة فى ابرامه لهذا الغير وهو الفضولى .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطالب أربعة :-

المطلب الأول : فى الأهلية .

المطلب الثانى : فى الولاية .

المطلب الثالث : فى الوكالة .

المطلب الرابع : فى الفضالة .

المطلب الأول
فى
الأهلية

أولاً : تعريفها :- الأهلية فى اللغة مطلق الصلاحية ، يقال : فلان أهل لعمل كذا . إذا كان صالحاً للقيام به ، وفى الإصطلاح عرفها الجمهور بأنها " الصلاحية لثبوت الحقوق واستعمالها ووجوب الإلتزامات ووفائها " .

ثانياً : أنواعها : تتنوع الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء .

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين :-

الفرع الأول
فى
أهلية الوجوب

١- **تعريفها :** هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وتحمل الإلتزامات. أى صلاحية الشخص لأن يطالب الغير بحقوقه التى عليه ، وأن يطالبه هذا الغير . سواء كانت المطالبة بنفسه أو عن طريق نائبه .

٢- **مناطها :-** هو الإنسانية ، فلا فرق بين مكلف وغيره (٨٧) .

٣- **أنواعها :-** تتنوع إلى أهلية كاملة ، وأهلية ناقصة ، فالأهلية الكاملة تثبت بها كل الحقوق ، وتلزم بجميع الواجبات ، وتكون للإنسان بعد الولادة .

أما الناقصة فيثبت بها بعض الحقوق ، ولا تحمل بأى التزامات . وتكون للجنين فى بطن أمه . حيث يثبت له بها الحق فى الميراث ، والوصية ، والنسب .

٤- **أهلية الميت :-** ذهب البعض إلى أن للميت أهلية وجوب ناقصة . فتبقى فى ذمته الأموال التى يحتاجها فى تجهيزه وتجهيز من تلزمه نفقته ممن مات قبله ولو بلحظة ، والأموال التى تكفى لسداد ديونه وتنفيذ وصاياه .

وذهب البعض إلى أن له أهلية وجوب كاملة . فتثبت له الحقوق التى باشر أسباب اكتسابها قبل وفاته ، كما لو كان قد نصب شبكة صيد أثناء حياته فوقع فيها صيد بعد مماته فإنه يملكه وينتقل إلى ورثته .

كما يلتزم بضمان الخطأ الذى يرتكبه وهو حياً ، ولكن التلف لم يحصل إلا بعد الوفاة ، كما لو حفر بئراً بدون حق ، فوقع فيها إنسان أو غيره بعد وفاته فهلك ، فإن الضمان يكون واجباً عليه ، ويؤدى من تركته قبل تقسيمها على

---

(٨٧) كشف الأسرار ، جـ٤ ص١٣٥٧ .

ورثته .

٥- **أهلية الشخص الإعتبارى :-** للشخص الإعتبارى أهلية وجوب كاملة ، لأن له من يمثله قانوناً ، فيكون له الحق فى مطالبة الغير بحقوق هذا الشخص ، وللغير الحق فى أن يطالبه بحقوقه قبله أيضاً .

٦- **ما يثبت بأهلية الوجوب :-** لمعرفة ما يثبت بهذه الأهلية نفرق بين الجنين والصبى بعد الولادة .

أ- الجنين :- ذكرنا أنه تثبت للجنين بعض الحقوق ، وهى الحقوق التى لا تحتاج إلى قبول ، لأنه لا يمكن أن يقبل بنفسه ، كما أنه لا تقام عليه ولاية حتى يقبل عنه الولى . كما أنه لا يتحمل بأى التزام مطلقاً . لأنه عاجز عن الأداء بنفسه ، وليس له ولى حتى يؤدى عنه .

ب- الصبى بعد الولادة :- ذكرنا أن هذا الصبى له أهلية وجوب كاملة غير أنه لا يتحمل من الإلتزامات إلا ما يمكنه أدائها . لأن الأداء هو مقصود الشارع الحكيم من التكاليف وليس مجرد التكليف فى حد ذاته ، وعلى ذلك .

أولاً : الإلتزامات المالية الخالصة :-

هذه الإلتزامات تثبت فى ذمته ، وينوب عنه الولى فى أدائها من ماله ، فيجب عليه ضمان المتلفات ، ونفقة الأقارب .

ثانياً : العقوبات :-

لا تجب على غير المكلف،لأنها جزاء على مخالفة التكليف وهو ليس أهلاً له .

ثالثاً : العبادات البدنية :-

لا تجب عليه أيضاً . لأنه ليس أهلاً للتكليف . ولا تصح فيها النيابة .

الفرع الثانى
فى
أهلية الأداء

١- **تعريفها :** هى صلاحية الشخص لصدور الأقوال والأفعال منه على وجه يعتد بها الشارع الحكيم ويرتب عليها آثارها .

٢- **مناطها :** ومناط أهلية الأداء الكاملة هو : العقل ، وكمال التمييز ، غير أنهما أمران خفيان لا ينضبطان ، لذلك أقام الفقهاء مقامهما أمراً ظاهراً منضبطاً يدل عليهما وهو البلوغ .

أما أهلية الأداء الناقصة فمناطها عند الحنفية هو التمييز الناقص ، غير أنه أمر خفى غير منضبط ، لذلك أقاموا مقامه أمراً ظاهراً منضبطاً يدل عليه ، وهو بلوغ الطفل سبع سنوات .

٣- **أدوار الأهلية :-** قسم الحنفية مراحل الأهلية إلى ثلاث :-

المرحلة الأولى : إنعدام الأهلية :- وتبدأ هذه المرحلة منذ الولادة وتستمر حتى سن السابعة ، وفيها يكون الصبى عديم التمييز والعقل . لذلك لا تثبت له أهلية أداء مطلقاً ، ويلحق به المجنون ، والمعتوه الذى ليس لديه قدر من التمييز يصل إلى القدر الذى عند الصبى المميز .

المرحلة الثانية : نقص الأهلية :- وتبدأ هذه المرحلة من سن السابعة وحتى سن البلوغ ، وفيها يكون الصبى ناقص التمييز ، فتثبت له أهلية أداء ناقصة عند الحنفية ، لذلك قسموا العقود والتصرفات التى يجريها هذا الصبى إلى ثلاثة أقسام [٨٨]:-

---

(٨٨) البدائع ، حـ٧ ، ص١٧١ وما بعدها .

القسم الأول :- التصرفات النافعة :-

يجوز لهذا الصبى أن يجرى التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، دون حاجة إلى إذن من أحد ، كقبوله للوصية ، والصدقة ، والهبة ، بدون عوض ، لأن هذه التصرفات يترتب عليها إدخال مال فى ملكه بدون مقابل .

القسم الثانى : التصرفات الضارة :-

وهذه لا يجوز له أن يباشرها مطلقاً حتى لو أجازها وليه لأنها تخرج المال من ملكه بدون عوض .

القسم الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر :-

وهذه يجوز له أن يباشرها عندهم ، غير أنها تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة وليه ، فإن أجازها نفذت ، وإن ردها بطلت ، وتلغى وتعتبر كأن لم تكن. وذلك كعقود : البيع ، والمضاربة ، والزواج .

ويلحق بهذا الصبى المميز فى الحكم المعتوه الذى لديه قدر من التمييز يصل القدر الذى عند الصبى المميز .

المرحلة الثالثة : كمال الأهلية :-

وتبدأ هذه المرحلة بعد بلوغ الصبى عاقلاً ، غير أن هذا البلوغ [٨٩] ليس كاف فى كمال أهليته وتسليم ماله إليه ليتصرف فيه كما يشاء ، وإنما يجب أن

---

(٨٩) البلوغ يكون بظهور العلامات التى تدل عليه ، فإذا لم تظهر هذه العلامات يكون بالسن وهو خمس عشرة سنة عند الجمهور بالنسبة للذكر والأنثى ، وسبع عشرة سنة للفتاة وثمانية عشر عاما للذكر عند أبى حنيفة . أنظر ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور / حسين حامد ، ص٣٣٢ .

يكون رشيداً أيضاً ، لقوله تعالى : ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾ .

فإذا بلغ الإنسان عاقلاً غير رشيد ، وجب الحجر عليه ولا تسلم إليه أمواله عند جمهور الفقهاء ، لأن الآية الكريمة علقت دفع الأموال على ايناس الرشد ولم تحدد لذلك زمناً معيناً .

وذهب أبو حنيفة(٩٠) إلى أنه تسلم إليه أمواله إذا بلغ الخامسة والعشرين من عمره حتى ولو ظل سفيهاً ، لأنه بعد بلوغه هذه السن لا يرجى منه صلاح فتنتفى الفائدة من الحجر عليه .

لأن فى هذا الحجر إهدارا لآدميته رغبة فى الحفاظ على ماله ، وحفظ النفس مقدم على حفظ المال ، ومن ضرورات حفظ النفس حفظ حريات الإنسان ومن أهمها حريته فى التصرف .

٤- أنواعها :-

مما سبق يتضح أن أهلية الأداء نوع واحد عند الجمهور وهو : أهلية أداء كاملة وتكون للبالغ العاقل الرشيد. أما الحنفية فيقسمونها الى أهلية أداء كاملة ، وأهلية أداء ناقصة . فالأولى تكون للبالغ العاقل الذى بلغ الخامسة والعشرين من عمره عند أبى حنيفة ، أما الثانية فتكون للصبى البالغ السابعة من عمره وحتى البلوغ، وكذلك للمعتوه الذى عنده قدر من التمييز يعدل القدر الذى عند الصبى المميز .

---

(٩٠) تكملة فتح القدير ، حـ٩ ، ص٢٦١ وما بعدها .

عوارض الأهلية

تعريفها : العوارض فى اللغة جمع عارض أى الأمر العارض أو الآفة العارضة .

أما فى **الإصطلاح** فهى : الأمور التى تعرض للإنسان فتؤثر فى أهليته .

أنواعها : تتنوع العوارض إلى نوعين : عوارض سماوية ، وعوارض مكتسبة ، وإليك بيان هذين النوعين :-

النوع الأول : العوارض السماوية :-

العوارض السماوية هى التى تحدث بفعل الشارع الحكيم ، ولم يكن للإنسان دخل فى إحداثها، فهى خارجة عن إرادته واختياره . وهذه العوارض هى : الصغر ، والجنون ، والعته ، والإغماء ، والنوم ، والموت ، والنسيان ، والحيض ، والنفاس ، والمرض .

أولاً : الصغر :-

وهو مرحلة ما قبل البلوغ ، وفيها يكون الإنسان إما صبياً غير مميز ، وإما صبياً مميزاً ، وقد تكلمنا عن ذلك .

ثانياً : الجنون :-

الجنون آفة تصيب عقل الإنسان ، فتجعله يقدم على ما ينافى مقتضى العقل.

ويتنوع إلى نوعين : مطبق ، وغير مطبق ، وكل منهما إما أن يكون أصلياً ، وإما أن يكون طارئاً . فالجنون الأصلي هو الذى يصيب الإنسان قبل

البلوغ ، أما الطارئ فهو ما يحدث له بعده [٩١] . وقد تكلمنا عن أهلية المجنون من قبل .

ثالثاً : العته :-

العته آفة تصيب عقل الإنسان فتحدث به خللاً بحيث يصير مختلط الكلام ، بعضه يشبه كلام المجانين وبعضه يشبه كلام العقلاء [٩٢] ، وقد بينا أهلية المعتوه من قبل .

رابعاً : الإغماء والنوم :-

الإغماء مرض فى رأس الإنسان أو فى قلبه يترتب عليه إيقاف القوى المدركة فيه مع بقاء عقله ، أو إيقاف القوى المحركة له .

أما النوم فهو فتور طبيعى يمنع الإختيار والأداء وفهم الخطاب والجواب .

وبعض الفقهاء يلحقون الإغماء والنوم بالجنون فى الحكم كما سبق .

خامساً : الموت :-

ذكرنا أن الميت له أهلية وجوب ناقصة عند البعض وأهلية وجوب كاملة عند البعض الآخر ، ولكن ليست له أهلية أداء مطلقاً كما سبق .

سادساً : النسيان :-

تكلمنا قبل ذلك عن تعاقد الناسى فلا داعى للتكرار .

سابعاً : الحيض والنفاس :-

لا تأثير لهما على أهلية الوجوب ، ولا على أهلية الأداء فيما يتعلق بالعقود

---

(٩١) حاشية الطحاوى ، حـ٤ ، ص٩٤ . مجمع الأنهر ، حـ٢ ، ص٤٣٧ .

(٩٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٣٨٦ .

والتصرفات المالية ، وإنما تأثيرهما يتأتى فى أهلية المرأة للعبادات.

ثامناً : مرض الموت :-

هو الحالة التى يغلب على الظن فيها هلاك الإنسان ، إذا اتصل الموت فعلاً بها حتى ولو كان بسبب آخر غيرها .

ويأخذ حكم هذا المرض من كان فى مثل هذه الحالة ، كالمحكوم عليه بالإعدام حكماً باتاً غير قابل للطعن ، ومن خرج لملاقاة العدو ، ومن حاصرته النيران فى مكان وفقد الأمل فى النجاة ونحو ذلك .

ولا تأثير لهذا المرض على أهلية الوجوب ، ولاعلى أهلية الأداء ، لذلك عد هذا المض من عوارض الأهلية يعتبر من باب التجوز لا من باب الحقيقة (٩٣).

غير أنه يؤثر على صحة تصرفات المريض التى تتم بدون عوض أثناء مرض الموت فلا تنفذ إلا فى حدود ثلث التركة ، لأنها تأخذ حكم الوصية وذلك حماية لمصلحة خاصة هى حق الورثة ، لأن حقهم يتعلق بثلثى التركة حتى لا يتركون عالة يتكففون الناس ، وكذلك حقوق الدائنين ، لأنه إذا كان مديناً فإنه لا يجوز له التبرع بالأموال اللازمة لسداد ديونه ، وإنما يصح له أن يتبرع فيما زاد عليها شريطة أن يخرج من ثلث التركة إذا كان له ورثة ، وإلا كان من حقهم إبطاله .

ويرجع سبب هذا المنع من التصرف إلى أن الوفاة تعقب هذا المرض غالباً، فاعتبر المريض ميتاً منذ إصابته به حماية لحقوق الورثة والدائنين، لأن الأمور تستند إلى أسبابها ، فكأنها وجدت عند وجود هذه الأسباب ، ولما كان مرض الموت هو السبب فى الوفاة ، فكأنها حدثت عند الإصابة به وإن تأخرت عنها مدة من الزمن من حيث الواقع .

---

(٩٣) المدخل ، د/حسين حامد ، ص٣٤٧ .

النوع الثانى

العوارض المكتسبة

العوارض المكتسبة هى : التى تحدث بفعل الإنسان ، وهى : السكر ، والخطأ ، والهزل ، والإكراه ، والسفه ، والسفر ، والجهل ، والدين المستغرق للتركة .

وقد سبق أن تكلمنا عن العوارض الخمسة الأولى ، بقى أن نعرف العوارض الثلاثة الأخرى فيما يلى :-

أولاً : السفر :-

لا تأثير له على أهلية الوجوب ، ولا على أهلية الأداء بالنسبة لعقود المسافر وتصرفاته المالية ، وإنما له تأثير فى أهليته بالنسبة للعبادات .

ثالثاً : الجهل :-

لا تأثير له أيضاً على أهلية الوجوب ، ولا على أهلية الأداء لأن الجهل ليس بعذر ، حيث يجب على الجاهل أن يسأل أهل العلم والخبرة لقوله تعالى : **﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ .**

رابعاً : الدين المستغرق للتركة :-

وهو ما تساوت قيمته مع قيمة ما يملكه المدين ، أو زادت عليها .

ولا تأثير له على أهلية الوجوب ، ولا على أهلية الأداء ، غير أن الفقهاء اختلفوا فى جواز الحجر على المدين إذا امتنع عن السداد ، وطلب الدائنون ذلك .

فذهب الجمهور إلى جواز ذلك غير أن بعضهم يستلزم حكم القضاء للحجر [٩٤]، والإمام مالك [٩٥] لا يستلزم ذلك ، مراعاة لمصلحة الغرماء .

وذهب أبو حنيفة إلى عدم جـواز الحجر عليـه ، لأن فيـه إهداراً لآدميتـه ، وهناك طرق أخرى يمكن إجباره بها على الوفاء بالدين .

---

(٩٤) البدائع ، حـ٧ ، ص١٦٩ .
(٩٥) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ، حـ٣ ، ص٢٦٥ .

المطلب الثانى
فى
الولاية

تعريفها :-

الولاية فى اللغة بالفتح وبالكسر: القدرة، والنصرة ، والتدبير ، يقال هم على ولاية أى مجتمعون فى النصرة ، والولى هو : المحب ، والصديق ، والنصير أو الناصر [٩٦] .

أما فى الإصطلاح فهى سلطة منحتها الشريعة لبعض الناس بمقتضاها يكون لهم الحق فى مباشرة العقود والتصرفات الخاصة بالمولى عليه دون حاجة إلى إذن من أحد .

أسبابها :

للولاية على الغير سببان هما :-

الأول : انعدام أهلية المولى عليه .

الثانى : نقص أهليته .

---

(٩٦) لسان العرب ، القاموس المحيط .

أنواعها :

تتنوع الولاية من حيث موضوعها إلى : ولاية على النفس ، وولاية على المال ، ومن حيث نطاقها إلى ولاية قاصرة ، وولاية متعدية .

وما يهمنا هنا هو الولاية على المال ، وهى قدرة الولى على أن يباشر العقود المتعلقة بأموال المولى عليه ، وتكون تصرفاته نافذة دون التوقف على الإجازة من أحد .

الأولياء ومراتبهم :-

اختلف الفقهاء فيمن تكون له الولاية على المال ، فذهب الحنفية (٩٧) والشافعية (٩٨) إلى أنها تكون للأب ووصية ، والجد الصحيح ووصيه ، والقاضى ووصيه .

غير أنهم اختلفوا فى ترتيب هؤلاء الأولياء ، فعند الحنفية تعطى الولاية للأب ثم وصيه ، ثم وصى وصيه ، ثم الجد ثم وصيه ، ثم وصى وصيه ، ثم القاضى ثم وصيه ، وذلك لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب .

لأن ذلك مبنى على الشفقة ، وشفقة الأب فوق شفقة الكل ، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد ، لأنه مرضى الأب ومختاره فكان خلف الأب فى الشفقة .

وخلف الشئ قائم مقامه فكأنه هو ، وشفقة الجد فوق شفقة القاضى ، لأن شفقته تنشأ عن القرابة ، والقاضى أجنبى ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبى ، وكذا شفقة وصيه لأنه مرضى الجد وخلفه ، فكانت شفقته

---

(٩٧) البدائع ، جـ٥ ، ص١٥٥ .

(٩٨) مغنى المحتاج ، جـ٢ ،ص١٧٣-١٧٤ .

مثل شفقته أما الشافعية فقالوا : تكون الولاية للأب ثم الجد ثم وصى من تأخر موته منهما ، لأنه يقوم مقامه ، ثم للقاضى ثم وصيه لقوله صلى الله عليه وسلم : " السلطان ولى من لا ولى له " ، رواه الترمذى وحسنه ، والحاكم وصححه ، وقد قدم الشافعية الجد على وصى الأب ، لأن الأول ولايته ثابتة بطريق الأصالة ، وهو أقرب إلى المولى عليه من وصى الأب فكان أوفر شفقة وأكثر حرصاً على مصالح حفيده من الثانى .

وذهب المالكية [٩٩] والحنابلة [١٠٠] إلى أن الولاية تكون للأب ثم وصية، ثم وصى وصيه وإن بعد ، ثم القاضى ثم وصيه فلا ولاية للجد عندهم إلا بإيصاء من الأب ، لأنه لا يدلى بنفسه وإنما يدلى بالأب فهو كالأخ والأم وسائر العصبات لا ولاية لهم ، لأن المال محل الخيانة [١٠١] ، وهذه الأحكام خاصة بالولاية بسبب الصغر أو ما فى معناه ، وهو الجنون والعته.

أما إذا بلغ الصغير عاقلاً رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته فقد ذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية إلى أن الولاية تثبت لمن كانت له قبل البلوغ على الترتيب المتقدم عند كل منهم ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الولاية تكون للقاضى أو لوصيه فقط .

ولكن إذا بلغ عاقلاً رشيداً ثم طرأ عليه السفه ، فإن الولاية تكون للقاضى أو وصيه باتفاق الجمهور القائلين بجواز الحجر عليه ، لأن هذا الحجر لا يكون إلا بحكم من القضاء كما سبق فكانت الولاية لمن يعينه القاضى .

شروط الولى :-

اشترط الفقهاء فيمن يكون ولياً الشروط التالية :-

---

(٩٩) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٣٠٠ - ٣٠١ .

(١٠٠) الأقناع ، حـ٢ ، ص٢٢٣ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ .

(١٠١) كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ .

الشرط الأول : التكليف :-

فلابد أن يكون الولى عاقلاً بالغاً ، لأن غير العاقل وغير البالغ لا يلى أمر نفسه ، فلا يلى أمر غيره بطريق الأولى [١٠٢]، لأن فاقد الشئ لا يعطيه.

الشرط الثاني : الإتحاد في الدين :-

فلا ولاية لغير المسلم على المسلم والعكس ، لقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ﴾ .

وقول الرسول ﷺ: " الإسلام يعلو ولا يعلى عليه " ، ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به ، وهذا لا يجوز [١٠٣].

الشرط الثالث : العدالة :-

وتكفى العدالة الظاهرة في كل من الأب والجد ، لوفور شفقتهما ، أما القاضى فتشترط فيه العدالة الحقيقية [١٠٤] .

الشرط الرابع : الأمانة :-

يجب أن يكون الولى أميناً على أموال المولى عليه وعلى مصالحه لأن الولاية منوطة بالمحافظة على هذه الأموال وتحقيق هذه المصالح .

---

(١٠٢) البدائع ، حـ٢ ، ص٢٣٩ .

(١٠٣) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ . مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٣ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ . الكنز ، حـ٢ ، ص١٢٥ .

(١٠٤) مغنى المحتاج ، حـ٢، ص١٧٣ -١٧٤ . الأقناع ، حـ٢ ، ص٢٢٣ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص ٤٤٦.

الشرط الخامس : القدرة على التصرف :-

يشترط أخيراً أن يكون الولى قادراً على القيام بالتصرفات التى تقتضيها الولاية ، حتى تتحقق الحكمة من تقريرها وهى : المحافظة على أموال المولى عليهم وتمنيتها وإبرام العقود والتصرفات اللازمة لتحقيق هذه الغاية .

سلطات الولى :-

اتفق الفقهاء على أن تصرفات الولى منوطة بتحقيق مصالح المولى عليه وطلبه الحظ والنظر له ، وعلى ذلك لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً يضر بالمولى عليه ، كالتبرع بأمواله كلها أو بعضها .

ويجوز له أن يباشر ما فيه مصلحته من عقود وتصرفات كقبوله التبرع له.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فيجوز للولى أن يباشرها إذا كان فيها نظر وحظ للمولى عليه ، لأن إدارة أمواله وتنمية ثروته والمحافظة عليها مما يستلزم مثل هذه التصرفات ، وبذلك تتحقق الغاية من تقرير نظام الولاية .

غير أن سلطات الأولياء ليست واحدة بالنسبة لهذه التصرفات ، لذلك نتكلم عن السلطات المخولة لكل منهم على حده :-

أولاً : سلطات الأب :-

للأب أن يباشر كل التصرفات التى تحقق مصلحة ابنه القاصر فله أن يبيع ماله سواء أكان عقاراً أم منقولاً ، وغير ذلك ، ولا يجوز له أن يبرم عقداً أو يقدم على تصرف يضر به ، أولا يكون له مصلحة فى إبرامه ، فلا يصح له بيع بغبن فاحسن مثلاً ، لأن الولاية منوطة بشرط النظر والمصلحة ولا نظر ولا مصلحة فى مثل هذا التصرف .

ثانياً : سلطات وصى الأب :-

يملك وصى الأب ما يملكه الأب من تصرفات كقاعدة عامة غير أنه يختلف عنه فى بعضها نظراً لنقصان شفقته عن الأب ، وبيان ذلك فيما يلى :-

١- للأب بيع عقار القاصر ، أما وصيه فليس له بيعه إلا لمصلحة ظاهرة أو لضرورة .

ومن أمثلة المصلحة الظاهرة : بيع العقار بضعف القيمة أو كان آيلاً للسقوط فباعه بمثل القيمة .

ومن حالات الضرورة أن يكون القاصر مديناً بدين ولا يمكن أداؤه إلا ببيع عقاره .

٢- يجوز للأب بيع ماله لأبنه القاصر ، وشراء ماله لنفسه من نفسه ، أما وصيه فلا يجوز له ذلك إلا إذا كانت هناك غبطة ظاهرة يقدرها القاضى .

٣- للأب أن يتولى طرفى عقد العمل بينه وبين ولده القاصر ، أما وصيه فلا يجوز له ذلك .

ثالثاً : سلطات الجد :-

للجد نفس سلطات الأب ، لأن كلا منهما يستمد سلطاته من الشارع الحكيم .

رابعاً : سلطات وصى الجد :-

لوصى الجد ما لوصى الأب من سلطات مقيدة .

خامساً : سلطات وصى القاضى :-

لوصى القاضى ما لوصى الأب ووصى الجد من سلطات فى الجملة ، غير

أنه يختلف عنهما فيما يلي :-

١- ليس لوصى القاضى أن يتولى طرفى العقد بنفسه ، حتى ولو كانت هناك مصلحة أو غبطة ظاهرة ، أما وصى كل منهما فيجوز له ذلك .

٢- لوصى كل منهما أن يجعل الوصاية لغيره ، أما هو فلا يجوز له ذلك .

٣- للقاضى أن يعزل وصيه بالإتفاق ، وليس له عزل وصى كل منهما متى كان مستوفياً لشروط الولاية ، لأنه ليس بنائبه .

٤- لا يجوز لوصى القاضى أن يشترى أو يبيع للقاصر من قريب لا تقبل شهادته له ، دفعاً للتهمة ، ويجوز ذلك لوصى كل منهما .

٥- للقاضى أن يمنح وصيه بعض السلطات دون البعض الآخر ، أما سلطات وصى كل منهما فإنها لا تقبل التقييد إلا بما قيده به الشرع عند الجمهور [١٠٥] .

(١٠٥) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور/ حسين حامد ، ص٣٧٤ وما بعدها .

المطلب الثالث

فى

الوكالة [١٠٦].

أولا : تعريفها :

الوكالة لها تعريف فى اللغة، وآخر فى الاصطلاح واليك بيان هذين التعريفين:-

أ - فى اللغة :

بالفتح والكسر ، معناها ، الحفظ ومنه الوكيل فى أسماء الله عز وجل ، ومنه التوكل ، يقال : على الله توكلنا ، أى فوضنا أمورنا .

والتوكل تفويض التصرف إلى الغير ، وسمى الوكيل وكيلا لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر .

ب - في الاصطلاح :

لها تعريفات كثيرة نختار منها تعريف ابن عابدين - من الحنفية - وهو : " إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا فى تصرف جائز معلوم "

فالوكالة هى : إنابة الشخص مثله ليتصرف له فيما يجوز له التصرف فيه ، وكان مما يقبل النيابة شرعا .

ثانيا : خصائصها :

(١)عقد الوكالة من عقود التراضى، أى يتم بالايجاب والقبول ولا يستلزم أية شكليات معينة.

(٢)الأصل فيه أنه من عقود التبرع ، ولكنه قد يكون من عقود المعاوضة وذلك إذا كانت

---

(١٠٦) راجع ، عقود الوكالة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى للمؤلف .

الوكالة مأجورة .

(٣)عقد الوكالة من العقود الجوازية أى غير اللازمة ، فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل ، ويجوز للأخير أن يعزل نفسه .

(٤) عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصى ، فالموكل أدخل فى اعتباره شخصية الوكيل ، وهذا الأخير أدخل فى اعتباره شخصية الموكل ، لذلك تنتهى الوكالة بموت أى منهما ، ولا تنتقل إلى الورثة .

(٥)عقد الوكالة يقع على التصرفات القانونية ، وغيرها من الأمور التى تقبل النيابة فى التصرف ، كالعبادات المالية ، والأمور المباحة وغير ذلك .

(٦)عقد الوكالة من الأمور الملزمة من الجانبين ، أى يرتب التزامات فى جانب كل من الوكيل والموكل .

ولكنه قد يرتب التزامات فى جانب واحد وهو الوكيل فقط ، وذلك إذا كانت الوكالة تبرعية حيث لا يلزم الموكل بدفع الأجر ، وإذا لم ينفق الموكل أى مصروفات على تنفيذ الوكالة ، ولم يصبه ضرر من جراء تنفيذها حتى يعوض عنه من الموكل .

(٧)عقد الوكالة من عقود الأمانات ، ويد الوكيل يد أمانة فلا يضمن ما تحت يده للموكل إلا بالتعدى أو التفريط فى الحفظ .

ثالثا : حكم الوكالة :

أجمع الفقهاء على جواز عقد الوكالة ومشروعيته ، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والإجماع . وإليك بيان هذه الأدلة :

أولا : القرآن الكريم :

وردت آيات كثيرة فى القرآن الكريم تدل على مشروعية الوكالة منها ما يلى :

(١) قول الله تعالى : ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾ .

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة إن الله عز وجل جوز العمل على الزكاة وذلك بحكم النيابة عن المستحقين لها .

(٢) وقوله سبحانه : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما ، فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحدا﴾ .

فهذه الآية الكريمة صريحة فى النص على جواز الوكالة .

(٣) وقوله عز وجل : ﴿ قال إجعلنى على خزائن الأرض إنى حفيظ عليم﴾.

(٤) وقوله تعالى : ﴿ وقال لفتيانه إجعلوا بضاعتهم فى رحالهم لعلهم يعرفونها ﴾ .

(٥) وقوله جلت قدرته : ﴿إذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبى يأت بصيرا وأتونى بأهلكم أجمعين﴾ .

فهذه الآيات الثلاث صريحة فى النص على جواز الوكالة .

(٦) وقوله تعالت عظمته : ﴿ فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾ .

فهذه الآية الكريمة تدل على جواز الوكالة أيضا وهذا بناء على الرأى القائل بأن الحكم وكيل عن الزوجين .

ثانيا : السنة المطهرة :

أما السنة المطهرة فقد رويت أحاديث كثيرة تدل على جواز الوكالة ومشروعيتها منها ما يلى :

(١) عن عروة بن أبى الجعد البارقى " أن النبى ﷺ أعطاه دينارا ليشترى به له شاة، فاشترى له به شاتين ، فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه " . رواه أحمد والبخارى وأبو داود .

فهذا الحديث يدل على مشروعية الوكالة وجوازها فى البيع والشراء .

(٢) عن حكيم بن حزام : " أن النبى ﷺ بعثه ليشترى له ضحية بدينار فأربح فيها دينارا ، فاشترى أخرى مكانها ، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال : ضح بالشاة وتصدق بالدينار " رواه الترمذى . فهذا الحديث يدل على جواز التوكيل فى شراء الأضحية ، وتقسيمها ، والتصدق بالمال .

(٣) عن جابر بن عبد الله قال : " أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ، فقلت له : أنى أردت الخروج إلى خيبر فقال : " أنت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آيه فضع يدك على ترقوته " رواه أبو داود والدارقطنى .

فهذا الحديث يدل على مشروعية الوكالة وأن للإمام أن يوكل ويقيم عاملا على قبض الصدقة ودفعها إلى مستحقيها وإلى من يرسل إليه بأمارة .

(٤) عن زيد بن خالد وأبى هريرة – رضى الله عنهما – ان النبى ﷺ قال : " وأغد يا أنيس إلى إمرأة هذا ، فإن اعترفت فأرجمها .

فهذا الحديث يدل على انه يجوز للإمام أن يوكل من ينوب عنه فى إقامة الحد فى على من وجب عليه .

(٥) عن سليمان بن يسار " أن النبى ﷺ بعث ابا رافع مولاه ، ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث وهو بالمدينة قبل أن يخرج " رواه مالك فى موطنه .

فهذا الحديث يدل على جواز التوكيل فى عقد النكاح .

ثالثا : الإجماع :

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء على مشروعية الوكالة منذ عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا ، ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين .

يقول ابن الهمام : " .....وبالإجماع ، فإن الأمة قد اجمعت على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا .

ويقول المطيعي : "وأما الإجماع فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزول الوحي إلى يومنا هذا .

رابعا : أركان عقد الوكالة :

الصيغة ، والعاقدان ، ومحل العقد هي أركان العقد . وإليك كلمة موجزة عن كل ركن من هذه الأركان فيما يلي :-

(١) التراضي ركن لا تتم الوكالة إلا به ، والذي يعبر عنه هو الصيغة وهي تتم بالإيجاب والقبول ولا تصح بدونهما ، وذلك لأن الوكالة عقد تعلق به حق كل من الموكل والوكيل فاحتاج إلى رضاهما .

فالإيجاب،هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين يدل على رغبته في إنشاء العقد.

وقيل : هو ما صدر عن الموكل ويدل على إذنه بالتوكيل .

ويتحقق باللفظ ، أو الكتابة أو بالإشارة المفهمة من الأخرس ، وذلك حسب القواعد العامة في العقد التي ذكرناها .

أما القبول ، فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر ليدل على رضائه بما أوجبه الطرف الأول .

وقيل هو : ما صدر عن الوكيل دالا على قبوله التوكيل .

تعليق الصيغة على شرط :

اختلف الفقهاء فى صحة تعليق الوكالة على شرط ولهم فى ذلك اتجاهان هاك بيانهما:

الاتجاه الأول :

ذهب الأحناف ، والشافعية فى قول ، والحنابلة ، والزيدية إلى جواز تعليق الوكالة على شرط . كأن يقول الموكل : إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام ، إذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية وهكذا . واستدلوا على ذلك بادلة كثيرة منها قول الرسول ﷺ : " أميركم زيد ، فإن قتل فجعفر ، فإن قتل فعبد الله بن رواحه .

فالرسول ﷺ قد علق توكيل جعفر بالأمارة على قتل زيد ، وتوكيل عبد اله بن رواحة على قتل جعفر ، فدل هذا على جواز تعليق الوكالة على شرط .

الاتجاه الثانى :

وذهب الشافعية فى الصحيح عندهم والإمامية إلى أنه لا يجوز تعليق الوكالة على شرط لكن ان تصرف نفذ تصرفه عند وجود الشرط لوجود الإذن .

إقتران الوكالة بالشرط :

يجوز أن تقترن الوكالة بالشرط بالاتفاق ، فلو قال الموكل : وكلتك الآن فى بيع هذه السلعة ، ولكن لا تبيعها إلا بعد شهر أو لفلان جاز هذا التوكيل .

الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة :

القاعدة عند الفقهاء ان الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة . فلو باع شخص مال غيره بدون إذنه ، ثم علم بذلك صاحب المال ، فأجاز البيع يكون كمن وكله قبل ذلك .

(٢) العاقدان :

الموكل والوكيل هما طرفا عقد الوكالة وإليك كلمة موجزة عن كل منهما :

أ - الموكل :

هو الذى تنعقد الوكالة لمصلحته ، وقد ذكر الفقهاء ضابطا عاما لما يصح أن يصدر منه التوكيل وهو الموكل ، مفاده أنه لا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل يملك التصرف الذى وكل فيه ، وكان مما يقبل النيابة شرعا ، أما إذا كان لا يملكه فإن الوكالة لا تجوز منه ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

وعلى ذلك لا تصح الوكالة من المجنون ، ولا من المعتوه ، ولا من الصغير غير المميز مطلقا مهما كان نوع التصرف محل الوكالة . لأن عبارة هؤلاء ملغاة فى نظر الشريعة الإسلامية لا يعتد بها ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يتصرفوا بأنفسهم فلا يجوز لهم أن يوكلوا غيرهم .

ولا تصح الوكالة من الصبى المميز بتصرف ضار له ضررا محضا ، لأنه لا يجوز له فعله بنفسه فلا يجوز أن يوكل فيه .

ولا تصح الوكالة من المحجور عليه لسفه أو لغيره ، ولكن يجوز له أن يوكل فيما له فعله من التصرفات ، كالطلاق ، والخلع ، وزواجه ، ووقفه على نفسه ونحو ذلك .

وقد ألحق الشافعية بالمجنون المغمى عليه والنائم ، فلا يجوز توكيلهما لأن تصرف كل منهما لنفسه أقوى منه لغيره ، فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى .

ولا يجوز للمرأة حتى ولو كانت كاملة الأهلية أن توكل فى زواجها عند الجمهور لأنها لا تملك أن تعقده بنفسها عندهم فلا تملك أن توكل فيه ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

ب – الوكيل :

هو المعهود إليه بتنفيذ الوكالة . وقد ذكر الفقهاء ضابطا عاما كذلك ، مفادة : أن كل ما يصح أن يستوفيه الوكيل بنفسه ، وكان مما تدخله النيابة ، جاز أن يتوكل فيه لغيره ، ومن لا يملك التصرف فى شئ لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه .

وعلى ذلك يشترط فى الوكيل أن يكون عاقلا ، فلا يصح توكيل المجنون والمعتوه ، والصغير غير المميز ، ويلحق بالمجنون ، المعتوه والمغمى عليه ، والنائم ، لسلب ولا يتهم.

واختلف الفقهاء فى اشتراط البلوغ فى الوكيل ، فذهب الحنفية ، والحنابلة ، والزيدية إلى جواز وكالة الصبى المميز إذا كان يعقل العقد ويقصده أى عقد البيع وغيره من العقود، فيعرف أن الشراء جالب المبيع ، وسالب للثمن ، والبيع على عكسه ، ويعرف الغبن الفاحش من اليسير .

غير أن الحنفية قالوا : أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل إذا كان بالغا ، أما إذا كان صبيا مميزا فإن حقوقه تعود إلى الموكل لا إلى الوكيل .

واشترط الحنابلة لصحة وكالة الصبى المميز أن يأذن له الولى ولم يشترط الحنفية هذا الأذن .

واستدل هؤلاء على جواز وكالة الصبى المميز بما روى أن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة قالت أن أوليائى غيب يا رسول الله ، فقال ﷺ : ليس فيهم من يكرهنى، ثم قال لعمرو ابنها : قم فزوج أمك منى فزوجها من رسول الله ﷺ وكان صبيا .

وذهب الشافعية والإمامية إلى ان وكالة الصبى المميز غير جائزة لأنه غير مكلف ، ولا يملك التصرف فى حق نفسه ، فلا يملك أن يتوكل فيه لغيره ، لأنه إذا لم يملك ذلك فى حق نفسه بحق الملك لم يملكه فى حق غيره بالتوكيل . لذلك ألحقوا الصبى المميز بالمجنون فى عدم جواز توكيله واشترطوا فى الوكيل البلوغ حتى يصح أن يتوكل لغيره.

واشترط الفقهاء أيضا أن يكون الوكيل معينا ، فإذا كان مجهولا فإن الوكالة لا تجوز ، أما ان وقع غير المعين تبعا لمعين جازت الوكالة، فلو قال شخص لأخر: وكلتك وكل مسلم فى بيع كذا مثلا جاز التوكيل .

واشترطوا كذلك أن يعلم الوكيل بالوكالة ، وخالف الحنابلة حيث لم يشترطوا هذا الشرط فلو وكل إنسان آخر فى بيع داره ، ولم يعلم الوكيل بهذه الوكالة غير أنه باعها، فإن بيعه يكون نافذا ،لأن الاعتبار فى العقود بما فى نفس الأمر .

واشترطوا أيضا أن تصح مباشرة الوكيل للتصرف المعهود إليه بتنفيذه لنفسه . لأن تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره ، فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى ، وذلك باستثناء بعض التصرفات ، كجواز توكيل رجل فى قبول نكاح لأخت زوجته أو خامسة وتحته أربع زوجات .

ويشترط أخيرا أن يكون الوكيل عدلا إذا وكله الولى في نحو بيع مال محجورة .

(٣) محل الوكالة :

هو الركن الثالث للوكالة وهو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعا" عليه ، وقد اشترط الفقهاء فيه شروطا ثلاثة هى :

ان يكون معينا أو قابلا للتعيين، والا يكون ممكنا ، فان كان مستحيلا بطلت الوكالة.

غير أنه قد يكون ممكنا ، ولكن طبيعته تقتضى قيام الشخص به بنفسه فاذا كان كذلك فان الوكالة لا تصح وذلك كاليمين .

الأمور التى تقع عليها الوكالة :

هناك أمور يصح ان تقع عليها الوكالة باتفاق الفقهاء، وأمور لاتقع عليها الوكالة بالاتفاق ، وأخرى اختلفوا فيها .

واليك بيان ذلك :

أ - الأمور المتفق عليها :

وضع الفقهاء ضابطا عاما لما يصح ان يكون محلا لعقد الوكالة مفاده :

أن كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه وكان مما يقبل النيابة جاز التوكيل فيه ، وكل تصرف لايصح له القيام به بنفسه لايجوز التوكيل فيه . لأن فاقد الشىء لا يعطيه .

وعلى ذلك فالأمور التى يجوز التوكيل فيها كثيرة منها مايلى :

(١) البيع و الشراء

(٢) الحوالة ، والرهن ، والكفالة ، والشركة ، والوديعة ، والمضاربة ، والجعالة، والمساقاة، والاجارة ، والقرض، والوصية ، والصدقة، والفسخ ، والإبراء، والمصارفة ، والاقالة ، والشفعة .

(٣) عقد الزواج

(٤) العبادات المالية كالزكاة والصدقة والنذر والكفارة .

ب - الأمور المتفق على عدم جواز التوكيل فيها :

(١) الشهادة :

فلو قال الشاهد وكلتك لتشهد على فى كذا فان هذا التوكيل لا يصح بالاتفاق لأنها الشهادة تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ، ولايتحقق هذا المعنى فى نائبه ولأنها مبنية على التعبد واليقين الذى لاتجوز النيابة فيه . فإن استناب فيها كان النائب شاهدا على شهادته لكونه يؤدى ماسمع من شاهد الأصل وليس بوكيل .

(٢) الأيمان والنذور :

لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود .

(٣) اللعان ، والايلاء ، والقسامة :

لأنها ايمان فلا تدخلها النيابة .

(٤) القسم بين الزوجات :

لتعلقه ببدن الزوج لأمر لا يوجد غيره .

(٥) الرضاع :

لأنه يختص بكل من المرضعة والمرضع ، لأمر يختص بإنبات اللحم وإنشاز العظم بلبن المرضعة .

(٦) الظهار :

لأنه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابه فيه .

(٧) المحرمات :

كالجنايات كلها مثل : القتل ، والسرقة ، والغصب ، والقذف ، لأن هذه الأفعال محرمة، لا يجوز فعلها من الموكل فكذلك من الوكيل .

(٨) العبادات البدنية المحضة :

التى ليس لها تعلق بالمال – كالصلاة ، والصيام ، والطهارة من الحدث ، لأنها تتعلق ببدن من وجبت عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها .

غير أن الصيام المنذور يفعل عن الميت ولكن ليس ذلك توكيل لأنه لم يوكل فى ذلك ولا وكل فيه غيره .

واستثناء من عدم صحة التوكيل فى الصلاة يجوز التوكيل فى ركعتى الطواف تبعا للحج.

ج - الأمور المختلف فيها :

(١) الطلاق والرجعة والخلع .

(٢) الضمان والصلح والهبه .

(٣) المباحات، كاحياء الموات ، وإستقاء الماء ، والإصطياد ، وتوكيل من يحفر المعادن.

(٤) الأقرار .

(٥) الحج والعمرة .

فهذه الأمور المذكورة يجوز التوكيل فيها عند جمهور الفقهاء وقال البعض بعدم جواز التوكيل فيها .

(٥) التوكيل فى الخصومة بمطالبة الحقوق :

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التوكيل فى مطالبة الحقوق ، واثباتها والمحاكمة فيها ، ساء أكان الموكل حاضرا أم غائبا ، صحيحا أم مريضا ، رضى الخصم أم لا ، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة منها : إجماع الصحابة على ذلك ، فقد وكل على بن أبى طالب عقيلا عند أبى بكر ، وقال : ما قضى له فلى ، وما قضى عليه فعلى ، ووكل عبد الله ابن جعفر عند عثمان ، وقال أن الخصومة قحما " أى مهالك " وأن الشيطان ليحضرها ، وأنى لأكره أن أحضرها .

وهذه قصص انتشرت لأنها فى مظنة الشهرة ولم ينكرها أحد ، كما أن الحاجة داعية إلى ذلك ، فإن الموكل قد يكون له حق أو يدعى عليه بحق ، ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه .

وخالف أبو حنيفة ما عليه الجمهور وقال : لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مدة ثلاثة أيام فصاعدا ، فللخصم أن يمتنع عن محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضرا . لأن حضور مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه ، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه .

(٦) التوكيل فى إثبات القصاص واستيفائه :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز التوكيل فى إثبات القصاص ، واستيفائه ، سواء أكان الوكيل حاضرا أن غائبا ، لأن القصاص حق الآدمى ، والحاجة داعية إلى التوكيل فيه لأن من له حق قد لا يحسن الا استيفاء أو لا يجب أن يتولاه بنفسه .

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه يجوز التوكيل بإثبات القصاص ، أما استيفائه ، فإذا كان الموكل حاضرا جاز التوكيل فيه ، لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل ، أما ان كان غائبا ، فإن التوكيل لا يجوز ، لأن احتمال العفو قائم ، لجواز أنه إن كان حاضرا لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهه وهذا المعنى منعدم فى حالة الحضرة .

وذهب أبو يوسف إلى انه لا يجوز التوكيل بإثبات القصاص ، ولا تقبل البنية فيه إلا من الموكل ، لأن التوكيل إنابة وشبهه النيابة يحترز عنها فى باب الحدود والقصاص .

(٧) التعزير :

يجوز التوكيل فيه إثباتا واستيفاء باتفاق الأحناف ، وللوكيل أن يستوفى سواء أكان الموكل غائبا أم حاضرا ، لأنه حق للعبد ولا يسقط بالشبهات ، وذهب الزيدية إلى انه يصح

التوكيل بإثبات التعزير بحضرة الوكيل ، أما لو كان غائب فلا يجوز .

(٨) التوكيل فى اثبات الحدود واستيفائها :

ذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية إلى أنه يجوز التوكيل فى اثبات حق القذف واستيفائه سواء أكان الموكل حاضرا أم غائبا .

لأنه حق الآدمى والحاجة داعية إلى التوكيل فيه .

أما الحدود التى هى حقوق لله تعالى كحد الزنى والسرقة فقد أختلف فيها الفقهاء ، فقال الحنابلة بجواز التوكيل فيها استيفاء واثباتا كذلك . وذلك لقول الرسول ﷺ " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فغدا أنيس إليها فاعترفت فأمر بها فرجمت " .

وذهب الشافعية ، وأبو طالب إلى أنه يصح التوكيل فى الاستيفاء ولا يصح فى الإثبات ، لأن الحدود تسقط بالشبهه ، وقد أمرنا بدرئها والتوكيل يوصل إلى الإيجاب .

خامسا : أنواع الوكالة :

تتنوع الوكالة إلى نوعين : وكالة خاصة ، ووكالة عامة .

فالوكالة الخاصة هى : ما كان إيجاب الموكل فيها خاصا بتصرف معين فقط ، كأن يوكل شخص محاميا فى دعوى معينة منظورة أمام القضاء فعلا . ففى هذه الحالة تكون وكالته خاصة، فلا يجوز للوكيل التصرف إلا فيما وكل به .

أما إن كان الإيجاب عاما فى ناحية معينة ، كالمرافعة فى القضايا ، فإنه يكون للوكيل الحق فى أن يفعل كل ما كان للموكل الحق فى أن يفعله فى هذا التصرف.

ولكن الوكالة قد تكون عامة فى كل شئ ، كأن يقول رجل لآخر ، أنت وكيل لى فى كل شئ ، أو أنت وكيلى فى كل أمورى .

فهل يجوز هذا التوكيل العام أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى جواز التوكيل العام ولهم فى ذلك اتجاهان هاك بيانهما :

الاتجاه الأول :

ذهب الأحناف والمالكية إلى جوازه . لانتفاء الجهالة بهذا العموم غير أن بعض الحنفية وهو الكمال بن الهمام يقول : أنه يكون وكيلا بالحفظ لا غير .

الاتجاه الثانى :

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم صحته . لأن فى التوكيل العام ضررا عظيما وخطرا كبيرا ، لأنه قد تدخل فيه هبة ماله ، وطلاق نسائه والتصدق بأمواله ، وتزوج نساء كثيرة وإلزامه المهور الكثيرة .

سادسا : آثار الوكالة بالنسبة للمتعاقدين :

أن عقد الوكالة يرتب التزامات فى جانب كل من الوكيل والموكل ، وإليك كلمة موجزة عن هذه الالتزامات فيما يلى :

أولا : التزامات الوكيل :

أول هذه الالتزامات قيامه بتنفيذ الوكالة فى الحدود التى رسمها له موكله ، وثانيها : موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم حساب عن الوكالة. وثالثها: رد ما للموكل من مال فى يد الوكيل . وإليك كلمة موجزة عن كل التزام من هذه الالتزامات الثلاثة :

(١) الالتزام الأول :

تنفيذ الوكالة فى الحدود المرسومة .

الوكالة إما أن تكون مطلقة عن القيود ، وإما أن تكون مقيدة بقيود معينة وإليك بيان ذلك .

ا- الوكالة المطلقة :

اختلف الفقهاء فيما يملكه من التصرفات فى حالة ما إذا كانت الوكالة مطلقة عن القيود ولهم فى ذلك اتجاهان هاك بيانهما :

الاتجاه الأول :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكون مقيدا بما يقتضيه الشرع ، أو العرف على الرغم من إطلاق الوكالة . وعلى ذلك فالوكيل بالبيع وكالة مطلقة لا يجوز له أن يبيع بغير نقد البلد الذى وقع فيه البيع بالإذن لدلالة القرينة العرفية عليه .

ولا يملك البيع نسيئة ، ولو بأكثر من ثمن المثل ، لأن المعتاد غالبا الطول مع الخطر فى النسيئة .

ولا يملك البيع بغبن فاحش ، وهو ما لا يحتمل غالبا فى المعاملة ، كدينارين فى عشرة لأن النفوس تشح به بخلاف اليسير كدينار فيها .

وليس له البيع بأقل من ثمن المثل ، لأن التوكيل مطلق فى عقد معاوضة ، فاقتضى ثمن المثل .

فلو خالف الوكيل فباع بأقل من ثمن المثل . أو باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغبن فاحش فإنه يكون ضامنا . وذلك لأنه يكون قد خالف مقتضى العرف أو الشرع .

الاتجاه الثانى :

وذهب أبو حنيفة إلى أن الوكيل وكالة مطلقة ، لا يقيد بأى قيد إلا إذا كان متهما .

وعلى ذلك فالوكيل بالبيع وكالة مطلقة ، يملك البيع بالقليل والكثير ، لأن الأصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على إطلاقه ولا يجوز تقييده ، إلا بدليل ، والعرف متعارض ، فإن البيع

بغبن فاحش التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف كذلك ، فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض .

وكذلك يملك البيع بالأثمان المطلقة ، ويملك البيع بالنقد والنسيئة .

ب – الوكالة المقيدة :

أما إذا قيد الموكل وكيله بقيود معينه فانه يجب عليه ان يلتزم بها عند تنفيذ الوكالـة ولكن قد يخالف الوكيل القيود المرسومة له عند التنفيذ ، فما حكم هذه المخالفة ؟

مخالفة الوكيل أما أن تكون خيرا لموكله ، واما الا تكون كذلك ، فـاذا كـانت خـيرا ومصلحه له ، فان تصرفه يكون نـافذا فى حق الموكل بالاتفاق عند جمهور الفقهاء من المذاهب الاربعة . لأن المخالفة الى خير ، وأن كانت مخالفة فى الظاهر الا انها موافقـة من حيث المعنى ،والعبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

وعلى ذلك لو قال الموكل الوكيـل : وكلتك فى بيع سيارتى بمبلغ عشرة آلاف فباعها بعشرة آلاف ومائة ، فإن البيع يكون نافذاً فى حق الموكل على الرغم من هذه المخالفة ، لأنها لمصلحته فتكون موافقة وتسمى موافقة ضمنية .

أما أن كانت المخالفة إلى شر ، أى ليست فى مصلحة الموكل ، فإن الفقهاء اختلفوا فى حكم التصرف المخالف فى هذه الحالة .

فذهب البعض إلى أن تصرف الوكيل يكون موقوفا على إجازة الموكل ، فإن أجازه نفذ وإلا لا ينفذ ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وذهب البعض إلى بطلان تصرف الوكيل هنا ، لمخالفته ما أمر به موكله .

تعدد الوكلاء :

يجوز للموكل أن يوكل أكثر من شخص واحد للقيام بعمل معين ، أو أكثر ، وفى هذه

الحالة لا يجوز لأحدهم أن يتصرف بمفردة دون اجتماع الأخرين ، وهذا إذا كان توكيلهم في بعقد واحد في وقت واحد ، أو اشترط الموكل اجتماعهم على التصرف ، أو كان التصرف محل الوكالة من التصرفات التي يحتاج فيها إلى الرأي والمشورة .

وعلى ذلك فالوكيلان بالبيع لا يملك أحدهما التصرف دون صاحبه ، ولو فعل لا يجوز حتى يجيز صاحبه ، أو الموكل ، لأن البيع مما يحتاج إلى الرأي ، والموكل إنما يرضى برأيهما لا برأي أحدهما ، واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه إلا برضاه .

أما إذا لم يشترط اجتماع الوكلاء على التصرف ، بل أجاز انفراد أحدهم فإنه يصح ذلك، ويجوز لأحدهم الانفراد به ، لأنه مأذون فيه من الموكل ، وكذلك إذا كان التصرف مما لا يحتاج فيه إلى الرأي والمشورة ، أو كان لا يمكن اجتماع الوكلاء عليه .

وعلى ذلك ، فالوكيلان بالطلاق على غير مال ، والوكيلان بتسليم الهبه ، ورد الوديعة ، وقضاء الدين يجوز أن ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا بـه ، لأن هذه التصرفات مما لا تحتاج إلى الرأي فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضا للتصرف إلى كل منهما بانفراده .

وأما الوكيلان بالخصومة فقد اختلف الفقهاء فيهما :

فذهب جمهور الحنفية إلى أنه يجوز لكل منهما أن يتصرف بمفردة . لأن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه .

واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستلام ، لأن ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضا للخصومة إلى كل واحد منهما ، فأيهما خاصم كان تمثيلا. إلا أنه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه ، لأن اجتماعهما عليه ممكن فلا يكون الموكل راضيا بقبض أحدهما بانفراده ، والرأي يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة .

وذهب الإمام زفر ، والشافعية إلى أنه لا يجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف ، لأن

الخصومة من التصرفات التى تحتاج إلى الرأى والمشورة والموكل لا يرضى برأى أحدهما فلا يملك أحدهما دون صاحبة .

وذهب المالكية ، إلى أنه لا يجوز توكيل أكثر من واحد فى الخصومة إلا برضاء الخصم .

نائب الوكيل :

قد يقوم الوكيل بتنفيذ الوكالة بمفردة ، وقد يقوم بتوكيل شخص آخر ليساعده فى تنفيذها أو يقوم بتنفيذها بدلا منه .

واستعانة الوكيل بمن يساعده ، قد تكون بإذن من الموكل ، وقد يستعين الموكل بغيره على الرغم من نهى الموكل عن ذلك ، وقد يطلق الموكل الوكالة فلا يأذن ولا ينهى .

وعلى ذلك فكلامنا عن تنفيذ الوكالة بنائب للوكيل يتناول حالات ثلاث : حالة الأذن بالتوكيل ، وحالة النهى عنه ، وحالة الاطلاق .

(١) حالة الإذن :

أجمع الفقهاء على أنه يجوز للوكيل الاستعانة بغيره فى تنفيذ الوكالة إذا أذن موكله فى ذلك ، لأن الوكالة عقد أذن له فيه بالتوكيل فجاز له فعله ، كأى تصرف مأذون فيه .

(٢) حالة النهى :

وأجمعوا كذلك على أنه لا يجوز للوكيل أن يستعين بغيره فى تنفيذ الوكالة إذا نهاه الموكل عن ذلك . لأن ما نهاه عنه غير داخل فى أذنه فلا يجز له التوكيل ، كما لو لم يوكله مطلقا والموكل لم يرضى إلا بأمانته هو فقط .

(٣) حالة الاطلاق :

وفى هذه الحالة لا يخلو الأمر من ثلاثة أقسام :

الأول : أن يكون العمل محل الوكالة من الأعمال التى يترفع الوكيل عن القيام بمثلها. كالأعمال الدنيئة فى حق اشراف الناس المترفعين عن فعلها فى العادة ، أو يعجز الوكيل عن القيام بالعمل الموكل فيه ، لكونه لا يحسنه ، أو لا يقدر مثله على القيام به ، ويحتاج إلى شخص قوى يؤديه ، ومثل ذلك لو كان العمل من الأعمال المحتاجة إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه المختصون فيه كالطب والهندسة ونحو ذلك .

وفى هذه الحالة أجاز الفقهاء للوكيل أن يوكل غيره للقيام بهذا العمل لأنه إذا كان العمل الذى فيه التوكيل مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الإستنابة فيه .

الثانى : أن يكون العمل الذى فيه التوكيل مما يعمله الوكيل بنفسه ولكنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره .

وقد اتفق العلماء على جواز التوكيل فى هذه الحالة ، إلا أنهم اختلفوا فى مدى أحقية الوكيل للتوكيل ، بمعنى هل يحق له التوكيل فى فعل العمل كله أو فيما زاد على مقدرته فقط ولهم فى ذلك اتجاهان هاك بيانهما :-

الاتجاه الأول :

ذهب بعض الشافعية ، والإمام أحمد بن حنبل إلى أنه يجوز التوكيل فى فعل العمل كله ، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فى فعل العمل كله ، كما لو أذن فى التوكيل بلفظه .

الاتجاه الثانى :

وذهب المالكية والبعض الآخر من الشافعية والقاضى من الحنابلة إلى عدم جواز التوكيل إلا فى العمل الزائد فقط ، لأن التوكيل إنما جاز للحاجة فيختص بما دعت إليه ، غير أن

المالكية قالوا : فيوكل من يشاركه فى الكثير الذى وكل فيه ليعينه عليه لا أن يوكل غيره استقلالا .

الثالث : أن يكون العمل الذى وكل فيه مما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول :

ذهب الأحناف والمالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى أنه لا يجوز التوكيل فى هذه الحالة طالما لم يأذن له موكل ، فإذا وكل بدون إذنه كان ضامنا ، لأن التوكيل استئمان فيما يمكن للوكيل النهوض فيه، فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة ، ولأن الموكل فوض إلى الوكيل التصرف دون التوكيل به ، لأنه إنما رضى برأيه والناس يتفاوتون فى الآراء، فلا يكون راضيا برأى غيره .

الاتجاه الثانى :

وذهب البعض الاخر من الشافعية ، والبعض الاخر من الحنابلة ، وابن ابى ليلى ، إلى جواز التوكيل اذا كان هناك عذر للوكيل كأن مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك .

(٢) الالتزام الثانى : موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم الحساب

يلتزم الوكيل اثناء قيامه بتنفيذ الوكالة أن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عن نشاطه الذى وصل اليه فى التنفيذ ،كما يلتزم أن يقدم له فى نهاية التنفيذ حسابا شاملا عن كل عمليات الوكالة .لأنه مفوض فى تنفيذ الوكالة بأمر موكله ، وقائم مقامة فى التصرف فكان من واجبه اطلاعه على سير العمل أولا بأول ، لانه قد يطول فيحتاج إلى مشورة الموكل ، وقد يكتشف الموكل أن الوكيل ليس بكفء للقيام بواجبه فيضطر الموكل إلى عزله من الوكالة ، قبل أن تلحقه الخسارة خاصة وان الوكيل امين لا يضمن ما تحت يده من مال وغيره لموكله الا بالتعدى او التفريط فى الحفظ .

(٣) الالتزام الثالث : رد ما للموكل فى يد الوكيل :

يجب على الوكيل أن يرد ما فى يده للموكل من مال وغيره ، فان امتنع عن الرد مع مطالبة الموكل له بالرد ولم يكن له عذر فى التأخير حتى هلك المال أو تلف كان ضامنا ، وكذلك إذا كان الامتناع بعذر ولكن زال العذر وآخر الرد حتى تلف المال أو هلك كان ضامنا كذلك ، لأن ما فى يده للموكل يعتبر أمانة والوكيل امين ، والامين ملزم برد الأمانة إلى صاحبها لقوله تعالى : **﴿ إن الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات إلى اهلها﴾** .

ثانيا :التزامات الموكل :

١ – الالتزام بدفع الأجر :

الأصل فى الوكالة انها تبرعيه ، ولكن قد يشترط الوكيل أن يعمل بالأجر ، وحينئذ يجب على الموكل أن يعطيه الأجر المتفق عليه .

ويستحق الوكيل الأجرة بتسليم ما عهد إليه بتنفيذه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه .

والدليل على أن الوكالة قد تكون تبرعية وقد تكون بأجر ، أن النبى ﷺ وكل أنيسا فى إقامة الحد ، ووكل عروة فى شراء شاة ، ووكل عمرا وأبا رافع فى قبول النكاح بغير أجرة وكان يبعث عماله فى قبض الصدقات ويجعل لهم أجرا ، ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدى إليك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس .

هذا إذا كان هناك اتفاق على العمل بالأجر، ولكن قد يحدث ألا يتفق الطرفان على أجر ، فهل تكون الوكالة تبرعية أم تكون مأجورة !

للإجابة على ذلك نفرق بين حالتين :

الأولى :

أن يكون الوكيل ممن لا يعمل بالأجر، وفي هذه الحالة تكون الوكالة تبرعية ، لأن الأصل فيها ذلك ، فإذا لم تشترط الأجرة حمل على الأصل .

الثانية :

أن يكون الوكيل من أصحاب المهن الذين يعملون بأجر لأن طبيعة مهنتهم تقتضي ذلك، كالسمسار والمحامي ، والدلال ، والدلال ، وأمثالهم . وفي هذه الحالة يستحق الأجر .

٢- تسليم ما يحتاجه الوكيل لتنفيذ الوكالة :

هو الالتزام الثاني على الموكل ، فيجب عليه أن يسلم الوكيل كل ما يساعده على تنفيذ الوكالة ، من نقود وأوراق ومستندات وغير ذلك .

فلو وكل إنسان رجلا ليشتري له سيارة - مثلا - وجب عليه أن يعطيه ثمنها الذي سيشتريها به .

فلو قام الوكيل بدفع المال من أمواله الخاصة، كان له أن يرجع على الموكل بما دفعه.

٣ - رد ما ينفقه الوكيل في تنفيذ الوكالة :

هو الالتزام الثالث فقد تحتاج الوكالة عند التنفيذ إلى نفقات ومصروفات فيقوم الوكيل بدفعها من ماله الخاص ، وفي هذه الحالة يلتزم الموكل أن يرد للوكيل كل ما دفعه بالقدر المتعارف عليه في الاتفاق .

لأن الوكيل مفوض عن الموكل في القيام بأعمال الوكالة ، لذلك يجب عليه أن يتحمل كل ما ينفقه الوكيل عند تنفيذ العمل المعهود إليه بتنفيذه من الموكل .

٤ – التزام الموكل بالحقوق التى وجبت فى ذمة الوكيل :

هو الالتزام الرابع ، فيلتزم الموكل بكل الحقوق التى ترتبت فى ذمة الوكيل بسبب تنفيذه الوكالة تنفيذا معتادا ، لأن الوكيل أمين ومفوض من قبل الموكل ، لذلك يجب على الأخير أن يتحمل جميع ما يترتب فى ذمة الوكيل من حقوق أو أضرا ر إلا إذا كان ذلك ناشئا عن تقصيره أو خطئه .

٥ – تعويض الوكيل عن الأضرار التى تصيبه من تنفيذ الوكالة :

هو الالتزام الخامس والأخير ، فإذا ترتب على تنفيذ الوكالة إصابة الوكيل بضرر من جراء هذا التنفيذ ، كان الموكل مسئولا عما أصابه من هذا الضرر .

أما إذا كان الضرر نتيجة خطأ ارتكبه الوكيل ذاته ، أو نتيجة تقصير منه وليس بسبب تنفيذ الوكالة ، فإن الموكل لا يكون مسئولا عن هذا الضرر .

وذلك لأن الوكيل موص عن الموكل وأمين له فيجب على هذا الأخير أن يتحمل جميع ما ترتب فى ذمة الوكيل من أضرار إلا إذا كان ذلك ناشئا عن تقصيره أو خطئه .

سابعا : آثار الوكالة بالنسبة للغير :

كما ترتب الوكالة أثارا بالنسبة لكل من الموكل والوكيل ، ترتب أثارا بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل ، ولمعرفة هذه الآثار نتكلم -بإيجاز- عن العقود التى يجب على الوكيل أن يضفيها إلى الموكل ، والعقود التى يجوز له أن يضفيها إلى نفسه أو إلى الموكل ثم نتكلم عن انصراف حكم العقد وحقوقه ولمن تعود ؟ وذلك حتى نصل إلى مدى امكان قيام علاقة مباشرة بين الوكيل والغير ، أو بين هذا الاخير والموكل .

أولا : العقود الواجب اضافتها إلى الموكل :

هناك طائفتان من العقود يجب على الوكيل ان يضيفها إلى موكله حتى ينصرف اليه

حكم العقد وحقوقه ، فإذا أضافها إلى نفسه فإن حكم العقد وحقوقه تتصرف إليه هو دون الموكل .

هاتان الطائفتان هما : عقود الاسقاطات وهى :النكاح ، والطلاق على مال ، والخلع، والصلح عن دم العمد ، والصلح عن إنكار والابراء من الدين .

أما الطائفة الثانية فهى عقود القبض وهى : الهبه ، الصدقة ، الاعارة ، والايداع والرهن ، والقرض ، والشركة، وقد سميت الطائفة الاولى بعقود الاسقاطات لأن فى كل منها إسقاطا لحق معين وسميت الثانية بعقود القبض، لأن الحكم فيها لا يتم الا بالقبض .

ثانيا : العقود الجوازية :

وهى ما عدا عقود الاسقاطات وعقود القبض ، وقد اختلف الفقهاء فيمن تضاف إليه، وللأحناف فى ذلك اتجاهات ثلاثة :

الأول :

يوجب إضافتها إلى الوكيل دون الموكل .

والثاني :

يجيز الإضافة إلى الموكل أيضا ، ما لم يمنعه الموكل من ذلك .

أما الثالث :

فيوجب إضافتها إلى الوكيل ، ولا يجيز إضافتها إلى الموكل الا باذنه سواء أكان هذا الإذن سابقا أم لاحقا .

والشافعية اتجاهان :

الاول :

يوجب إضافتها إلى الموكل ،وهو موافق للاتجاه الأول عند الأحناف .

أما الثانى :

فيجيز إضافتها إلى الموكل أو الوكيل وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة .

ثالثا : إنصراف حكم العقد إلى الموكل :

حكم العقد هو أثره المترتب عليه وهو غرض العاقدين من إنشائه .

وقد اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يعود إلى الموكل دون الوكيل حتى لو أضاف العقد إلى نفسه فى العقود الجوازية فى الاضافة .

غير أن بعض الأحناف – الكرخى– قال : ينتقل الحكم إلى الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، وبعضهم – الدياس – قال : ينتقل الحكم إلى الموكل ابتداء ، وما الوكيل إلا نائب عن الموكل فى تحصيل الحكم وليس أصيلا فينصرف الحكم إلى الموكل ابتداء على هذا الأساس .

ولكن ليس لهذا الاختلاف ثمرة فقهية ، لأن الحكم سيعود إلى الموكل فى النهاية ، والملك الذى يثبت للوكيل أولا ليس ملكا مستقرا فمآله إلى الموكل اما جمهور الفقهاء فيقولون بانتقال الحكم إلى الموكل مباشر .

رابعا :إنصراف حقوق العقد :

حقوق العقد هى ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتكمله مما يثبت حقا لطرفيه .

وقد اختلف الفقهاء فيمن تنصرف اليه هذه الحقوق ،هل ستعود إلى الوكيل على أساس أنه هو العاقد حقيقة ، أم إلى الموكل على أساس أن العقد لمصلحته ؟ .

فعند الحنفية الزيدية تنصرف إلى الوكيل دون الموكل. وذلك حماية للغير الذى تعاقد مع هذا الوكيل .

وكذلك الأصل عند المالكية الا إنهم استثنوا بعض الاحوال وقالوا : بانصراف حقوق العقد فيها إلى الموكل دون الوكيل ، وهى : اذا صرح الوكيل لمن تعاقد معه بأنه برئ من العهدة ، او كان الغير يعلم بوجود الوكالة ،او كانت طبيعة عمل الوكيل إنه يتعاقد عن الغير ، كالمحامى ، والمخلص ، والسمسار.

وعند الشافعية والحنابلة والاماميه تنصرف حقوق العقد إلى الموكل على سبيل الأصل ويجوز انصرافها إلى الوكيل فى بعض الصور كما اذا اذن لـه الموكل فى ذلك ، أو كانت حقوق العقد تتصل بتكوينه ،كخيار المجلس ، وخيار الرؤية ،وقد نص على ذلك الشافعية.

<u>خامسا : علاقة الموكل بالغير :</u>

لما كانت حقوق العقد الذى يضيفه الوكيل إلى نفسه تنصرف إلى الموكل على سبيل الأصل عند الشافعية والحنابلة والامامية ، فان الغير يرجع على الموكل بالالتزامات الواجبة عليه لهذا الغير ، ويرجع عليه الموكل بالحقوق الواجبة لـه في ذمته . فتقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذى تعاقد مع الوكيل .

غير أنه يجوز عندهم اذا كان الشراء بوكيل ان يرجع الغير بالثمن على الوكيل باعتباره كفيلا للموكل إلى جانب رجوعه إلى الموكل باعتباره اصيلا .

اما الحقوق التى للوكيل فى ذمه الغير ، فيستطيع كل من الموكل والوكيل ان يقتضيها منه، على اساس انها من مقتضيات الوكالة فهى تتمة لها .

ولما كانت حقوق العقد الذى يضيفه الوكيل إلى نفسه تنصرف إليه هو دون الموكل عند الحنفية والزيدية ، فانه لا تقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير عندهم .

غير أنه لما كانت هذه القاعدة مقررة لحماية الغير الذى اعتمد التعامل مع الوكيل بعد ان اضاف العقد إلى نفسه ، فإنه اذا لم يتضرر من التعامل مع الموكل مباشرة جاز ان تقوم بينهما علاقة مباشرة .

فمثلا يستطيع المشترى ان يدفع ثمن ما اشتراه إلى الموكل ايضا لأنه سيدسل إليه فى النهاية ، وتوسط الوكيل غير ضرورى فى إيصال الحق إلى صاحبه ، كما أنه بذلك يستطيع تبرئة ذمته بالدفع إلى الموكل أو الوكيل .

ولا مانع كذلك من أن البائع يتخطى الوكيل بالشراء ويسلم المبيع إلى الموكل مباشرة، فالقاعدة القاضية بانصراف حقوق العقد إلى الوكيل الذى يضيف العقد إلى نفسه عندهم إنما تقررت لحماية الغير بوجه عام .

ففى الحالات التى لا يحتاج فيها الغير إلى هذه الحماية تعود إلى الاصل فى النهاية فتقوم العلاقة المباشرة ما بين الغير والموكل .

والاصل عند المالكية عدم قيام علاقة مباشرة بين الغير والموكل ،ولكن يجوز على سبيل الاستثناء قيام هذه العلاقة بينهما ، وذلك فى الحالات الاستثنائية التى ترجع فيها العهدة على الموكل وهى : حالة ما اذا اشترط الوكيل عدم إلزامه بالعهدة ، أو اذا كان العرف يقضى بعدم إلزام الوكيل بها ، أو كان الغير يعلم بأنه يتعامل مع وكيل .

سادسا : علاقة الوكيل بالغير :

هذه العلاقة تخضع لما تم بينهما من تعاقد ، فإن كان العقد الذى تم بينهما من العقود الواجب إضافتها إلى الموكل ،أو من العقود الجوازية ، وأضافه الوكيل إلى الموكل ، فإن مهمة الوكيل تنتهى بمباشرة العقد ، وبمباشرته تنقضى العلاقة بين الغير والوكيل .

أما اذا كان العقد من العقود التى تنصرف الحقوق فيها إلى الوكيل حيث اضاف العقد إلى نفسه ، فإنه تقوم علاقة مباشرة بينه وبين الغير ، ويستطيع هذا الأخير ان يلزم الوكيل بها

وليس لهذا الاخير ان يتخلى عنها . وهذا عند الحنفية والزيدية ، كذلك الأصل عند المالكية ، أما في الحالات الثلاث المستثناه ، فتقوم علاقة بين الموكل والغير ، ولا تقوم بينه وبين الوكيل .

ولا تقوم علاقة مباشرة بين الغير وبين الوكيل عند بقية المذاهب – إلا في بعض الصور – لأن حقوق العقد عندهم تنصرف إلى الموكل دون الوكيل .

ثامنا : انتهاء الوكالة :

تنتهي الوكالة بأمور كثيرة ، منها ما يكون في جانب الوكيل أو الموكل ، ومنها ما يخص الموكل ، ومنها ما يخص الوكيل ، ومنها ما يكون خاصا بمحل الوكالة .

فالأمور التي تكون في جانب الموكل أو الوكيل هي : العزل ، والموت ، والجنون ، والإغماء ، والحجر ، والردة ، والفسق .

والتي يخص الموكل فقط هو تصرفه بنفسه فيما وكل فيه .

والتي يخص الوكيل هو تعديه في ما وكل فيه .

أما ما يخص محل الوكالة فهو تلف هذا المحل .

وبذلك ننتهي من الكلام على أهم أحكام الوكالة .

المطلب الرابع
فى
الفضالة

تعريفها : الفضالة فى اللغة : مشتقة من الفضول ، والفضولى هو : من يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه من الأمور (١٠٧).

وفى الاصطلاح : هو من يباشر التصرف لغيره دون أن تكون له صفة فى هذه المباشرة . كمن يبيع مال غيره أو يشترى له سلعة دون ولاية عليه أو وكالة عنه .

حكم تصرفات الفضولى :

اختلف الفقهاء فى حكم تصرفات الفضولى ، فذهب الحنفية(١٠٨) والمالكية (١٠٩) إلى أنها صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن فى الإجازة ، فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت وتلغى وتعتبر كأن لم تكن من يوم انعقادها، وهذا هو مذهب الشافعى القديم ورواية عن الإمام أحمد (١١٠).

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول :

أولا : السنة المطهرة :

أما السنة فما روى عن عروة بن الجعد البارقى " أن النبىﷺ أعطاه دينارا ليشترى به شاة ، فاشترى له به شاتين ، فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار

---

(١٠٧) المعجم الوسيط .

(١٠٨) البحر الرائق ، حـ٣ ، ص ١٦٠.

(١٠٩) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ١٢ .

(١١٠) الأشباه والنظائر ، ص ٢٨٥ . المغنى ، حـ٤ ، ص ١٥٥ .

وشاه فدعا له بالبركة فى بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه " .

فالرسول ﷺ قد وكله فى شراء شاة واحدة ، ولم يوكله فى شراء الأخرى ولا فى بيعها ، وقد أجاز هذا التصرف ، فدل ذلك على أن تصرفات الفضولى صحيحة ، وإن كانت موقوفة على الإجازة .

ثانيا : المعقول :

وأما المعقول فقالوا : إن العقد إذا صدر من أهله فى محله حكم بانعقاده صحيحا ، غير أنه يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن إذا أبرم بدون إذنه، ولا ضرر فى هذا على أحد ، بل إن فيه مصلحة الأطراف الثلاثة . فالفضولى تصان عبارته ، والغير أقدم على التعاقد معه ظنا منه أن المصلحة فى هذا العقد ، أما صاحب الشأن فيمكنه الإجازة إذا رأى فيها مصلحته ، وإلا رد العقد فيبطل ويعتبر كأن لم يكن .

وذهب الشافعية[111] والحنابلة [112] إلى بطلان تصرفات الفضولى ، حتى لو أجيزت من صاحب الشأن ، واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول .

أولا : السنة المطهرة :

أما السنة فقول الرسول ﷺ لحكيم بن حزام : " لا تبع ما ليس عندك " . أى ما لا تملكه .

فقد روى أن حكيم كان يبيع الشىء ثم يشتريه من السوق ويقوم بتسليمه إلى المشترى . فسأل الرسول ﷺ عن حكم هذا التصرف فنهاه عنه . فدل ذلك على بطلان تصرفات الفضولى .

---

(١١١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٨٥ .

(١١٢) المغنى ، جـ٤ ، ص ١٥٥ .

وأجيب عن ذلك بأن النهى محمول على بيع ما ليس عند الإنسان لحساب نفسه ، لا لحساب مالكه ، فلا يكون هذا الحديث نصا فى الموضوع .

ثانيا : المعقول :

وأما المعقول فقالوا :

١- أن شرط انعقاد التصرف أن يكون للعاقد سلطة تخول له الحق فى الانعقاد ، ولا سلطة للفضولى ، فلا ينعقد تصرفه ، بل يبطل حتى لو أجيز من صاحب الشأن. لأن العقد الباطل لا تصححه الإجازة .

٢- أن الفضولى يتصرف فيما لا يقدر على تسليمه ، فلا يصح . والراجح هو الرأى الأول لقوة أدلته .

شروط الإجازة :

يشترط فى الإجازة عند القائلين بها شروط ثلاثة :

الشرط الأول :

وجود المحل وقت الإجازة . فإذا هلك قبلها كانت لاغية ، لأنها لم تصادف محلا . فلو باع فضولى سلعة لغيره ، فأجاز مالكها البيع بعد هلاكها ، لم يعتد بهذه الإجازة ويكون الهلاك على مالكها [١١٣].

الشرط الثانى :

تحقق حياة الأطراف الثلاثة . وقت الإجازة . فإذا توفى أحدهم قبلها فلا عبرة بها . لأن الإجازة تأخذ حكم الإنشاء ، ولا ينشأ العقد بدون عاقديه ، كما

---

(١١٣) المدخل للدكتور/ حسين حامد ، ص ٤٠٣ .

أن إجازة المالك تستلزم وجوده [١١٤].

الشرط الثالث :

وجود مجيز وقت إنشاء التصرف ، فإذا لم يوجد فإنه لا ينفذ حتى لو وجد بعد ذلك وأجازه . فلو وهب فضولى مال الصغير ، فإن هذه الهبة لا تصح حتى لو أجازها هذا الصغير بعد البلوغ . لعدم وجود مجيز لها وقت صدور التصرف [١١٥].

الأثر المترتب على الإجازة وعدمها :

يترتب على إجازة صاحب الشأن نفاذ تصرف الفضولي من وقت الانعقاد ، فترتب عليه آثاره من هذا الوقت . لأن الإجازة اللاحقة تأخذ حكم الاذن السابق ، ويسرى على الفضولى أحكام الوكيل السابقة .

أما إذا لم يجز التصرف فإنه يلغى ويعتبر كأن لم يكن من البداية أيضا [١١٦].

---

(١١٤) فتح القدير ، حـ٥ ، ص ٣١٢ . البدائع ، حـ٥ ، ص ١٥١ .

(١١٥) حسين حامد ، المرجع السابق ، ص ٤٠٤ .

(١١٦) البحر الرائق ، حـ٦ ، ص ١٤٧ .

المبحث الثالث
فى
محل العقد

تعريفه :

الركن الثالث من أركان العقد : المحل . ويسمى المعقود عليه وهو : الشيء الذى يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره [١١٧].

أنواعه :

يتنوع المحل إلى عدة أنواع منها ما يلى :

١- فقد يكون عينا من الأعيان المالية . كمحل عقد البيع .

٢- وقد يكون عينا غير مالية . كمحل عقد الزواج وهو المرأة .

٣- وقد يكون منفعة . كمحل عقد الإجارة .

٤- وقد يكون عملا من الأعمال [١١٨].

شروطه :

يشترط لصحة العقد شروط أربعة ، يجب توافرها فى المحل :

---

(١١٧) الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ٣٠ ، ص ٢٢١ .

(١١٨) المرجع السابق ، جـ٣٠ ، ص ٢٢١ .

١- أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا .

٢- أن يكون موجودا وقت التعاقد .

٣- أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد .

٤- أن يكون معلوما للعاقدين . وإليك بيان هذه الشروط .

الشرط الأول : قابلية المحل لحكم العقد شرعا :

اتفق الفقهاء [١١٩] على أنه يجب أن يكون محل العقد قابلا لحكم العقد شرعا، أي يكون من الأمور الجائزة . وعدم قابليتة لحكم العقد ترجع إلى الأمور التالية :

١) نهي الشارع الحكيم عن التعامل عليه . كنهيه عن بيع الخمر والخنزير ، وعن نكاح المحرمات وغير ذلك .

٢) حكم العقد يتنافى وطبيعة محله . كالخضروات ، فإنها لا تصلح محلا للرهن . لأن حكمه لا تقبله مثل هذه الأموال التي يتسارع إليها الفساد .

٣) حكم العقد يتنافى مع ما خصص له . فالطرق العامة والأنهار لا تصلح لأن تكون محلا للبيع . لأن حكمه يتنافى مع ما خصصت له هذه الأموال المملوكة ملكية عامة .

---

(١١٩) الفتاوى الهندية ، حـ٤ ، ص ٣٧٢ . ابن عابدين ، حـ٤ ، ص ٤-٥. البدائع ، حـ٥، ص ١٤٩ . حاشية الدسوقي ، حـ٣ ، ص١٠ . الخرشي ، حـ٦ ، ص١٤١ . مغني المحتاج ، حـ٢ ، ص٢٦٥ . شرح منتهى الارادات ، حـ٢ ، ص ١٤٢ . المغني مع الشرح الكبير ، حـ٥ ، ص ٣٥٥-٣٦٠ .

الشرط الثانى : وجود المحل وقت التعاقد :

أولا : اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط وجود المحل وقت التعاقد إذا كان منفعة. كمحل عقد الإجارة ونحو ذلك . لأن طبيعتها تقتضى ذلك ، حيث لا توجد إلا شيئا فشيئا فيكفى إمكان وجودها فى المستقبل .

ثانيا : اختلف الفقهاء فيما إذا كان محل العقد عينا مالية ، فذهب الجمهور [١٢٠] إلى أنه يشترط وجودها وقت التعاقد ، لا فرق فى ذلك بين عقود المعاوضات ، وعقود التبرعات ، واستدلوا على ذلك بما يلى :

١- قول الرسول ﷺ لحكيم بن حزام : " لا تبع ما ليس عندك " [١٢١].

٢- نهى الرسول ﷺ عن " بيع الغرر" [١٢٢].

٢- إن فى بيع ما لم يوجد غررا وجهالة فيمنع .

وعلى ذلك لا يجوز بيع مالم يوجد ، ولا بيع الزروع والثمار قبل ظهورها لقوله ﷺ : " أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه" .

وقد استثنى الفقهاء من هذا الشرط عقد السلم ، وهو "بيع آجل بعاجل" وذلك لحاجة الناس إليه [١٢٣]. كما أستثنى الحنفية عقد الاستصناع للحاجة إليه أيضا .

---

(١٢٠) ابن عابدين ،حـ٤ ، ص ٢٠٣ . نهاية المحتاج ، حـ٤ ، ص١٤١ . كشاف القناع، حـ٣ ، ص ٢٨١ .

(١٢١) أخرجه الترمذى من حديث حكيم بن حزام وحسنه.جامع الترمذى، حـ٤ ، ص ٤٣٠.

(١٢٢) أخرجه مسلم ، حـ٣ ، ص ١١٥٣ من حديث ابى هريرة .

(١٢٣) ابن عابدين ،حـ٤ ، ص٢٠٣ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٢٦٦ . البحر الرائق ، حـ٦ ،ص١٩٦ . منح الجليل ، حـ٣ ،ص١ . أسنى المطالب ، حـ٢ ، ص١٢٢ . المغنى ، حـ٤ ، ص٣٠٤ .

وفرق المالكية [١٢٤] بين عقود المعاوضات ، وعقود التبرعات ، فاشترطوا فى الأولى ما اشترطه الجمهور ، أما الثانية فقالوا : يكفى إمكان وجود محلها فى المستقبل . كالهبة مثلا فإنه يجوز أن يكون محلها غير موجود وقت التعاقد بل يجوز أن يكون دينا فى الذمة ، كما تجوز هبة ما ينتجه النخيل من الثمر ونحو ذلك .

وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية إلى عدم اشتراط هذا الشرط مطلقا . إذا انتفى الغرر بأن يكون محل العقد مقدورا على تسليمه . لأن الشارع الحكيم نهى عن بيع الغرر سواء كان المبيع موجودا أو معدوما . فالغرر هو المانع من التعاقد لا كون المحل معدوما .

ويجاب عن ذلك بأن الجمهور اشترطوا أيضا القدرة على التسليم حتى يصح العقد . فالراجح هو ما ذهبوا إليه .

الشرط الثالث : القدرة على التسليم :

ذهب جمهور الفقهاء [١٢٥] إلى أنه يشترط أيضا أن يكون الملتزم بالتسليم قادرا على تسليم المحل وقت التعاقد ، لا فرق فى ذلك بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات .

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول .

أولا : السنة المطهرة :-

١-عن أبى سعيد أن النبىﷺ نهى عن شراء العبد وهو آبق .

---

[١٢٤] جواهر الإكليل ، جـ٢ ، ص١٠٩ . وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ٣٠ ، ص١٦٢ .

[١٢٥] البدائع،جـ٣ ، ص١٦٢. مغنى المحتاج،جـ١،ص ١٢ . كشاف القناع ، جـ ، ص١٦٢.

٢- عن أبى هريرة ﷺ أن النبىﷺ نهى عن بيع الغرر .

فهذان الحديثان يدلان على عدم جواز بيع ما لم يقدر على تسليمه وقت التعاقد لما فيه من الغرر .

ثانيا المعقول :

أما المعقول فهو : أن الأصل فى العقود ترتب آثارها فى الحال بعد انعقادها ، وعدم القدرة على تسلم المحل يمنع من ذلك فلا يجوز .

وعلى ذلك لا يجوز بيع السمك فى الماء ، ولا الطير فى الهواء ، ولا الجمل الشارد . لعدم القدرة على التسليم وقت التعاقد . وفرق المالكية [١٢٦] بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات، فوافقوا الجمهور فى الأولى ، وخالفوهم فى الثانية فلم يشترطوا فيها القدرة على التسليم وقت التعاقد، بل يكفى إمكان التسليم فى المستقبل . وذلك لما يلى :

١- إن عقود التبرعات تختلف عن عقود المعاوضات ، والنص الذى ينهى عن الغرر ورد فى البيع وهو من عقود المعاوضات فيقتصر الحكم عليها ، أما التبرعات فالنص لا يتناولها فتبقى على الإباحة الأصلية .

٢- إن الغرض من عقود المعاوضات الربح ، فوجود الغرر فيها يؤدى إلى الجهالة المؤدية للنزاع بين العاقدين . بخلاف عقود التبرعات فالقصد منها الإحسان والبر بالناس ، فعدم القدرة على التسليم لا يؤدى إلى النزاع ، إذ لا ضرر فيه على الطرف الأخر .

الشرط الرابع : معلومية المحل :

يشترط أخيرا أن يكون محل العقد معينا ومعلوما للعاقدين ، علما نافيا

---

(١٢٦) الحطاب ، حـ٤ ، ص٢٦٨ .

للجهالة المؤدية للعزر والنزاع بينهما.وهذا بالاتفاق فى عقود المعاوضات[١٢٧]. أما عقود التبرعات فالحكم فيها ليس واحدا عندهم . ففى عقد الهبة مثلا يشترط الجمهور [١٢٨] هذا الشرط فيجب أن يكون محلها معلوما ومعينا ، أما المالكية [١٢٩] فقد أجازوا هبة المجهول والمشاع فلم يشترطوه . وفى عقد الوصية اتفق الفقهاء [١٣٠] على عدم اشترط هذا الشرط بل أجازوا الوصية بالمجهول أيضا . فالمالكية [١٣١] لم يشترطوا هذا الشرط فى عقود التبرعات كلها . لأن الغرض منها الإحسان الصرف فاقتضت حكمة الشرع وحثه عليه التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا وفى المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، كما أنه لا ضرر فيه على الطرف الآخر .

ويحصل العلم بالمحل بكل ما يميزه عن غيره من رؤيته أو رؤية بعضه عند العقد،أو بوصفه وصفا يكشف عنه تماما ، كما يحصل بالإشارة إليه [١٣٢].

---

(١٢٧) ابن عابدين : حـ٤ ، ص٦ . البدائع ، حـ٥ ، ص١٧٩ . حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص١٥. حاشية القليوبى ، حـ٢ ، ص٦١ . شرح منتهى الإرادات، حـ٢ ، ص٢٤٦ .

(١٢٨) الدر المختار بهامش ابن عابدين ، حـ٤ ، ص٥٠٨ – ٥١١ . مغنى المحتاج ، حـ ٢ ، ص٣٩٩ .

(١٢٩) الفواكه الدوانى . حـ٢ ، ص ٢١٦ .

(١٣٠) رد المختار . حـ٥ ، ص٤٢٩ . مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٤٤ . المغنى ، حـ٥ ، ص٥٨٣ – ٥٨٤ .

(١٣١) الفروق ، حـ١ ، ص١٥٠ – ١٥١ . الموسوعة الفقهية ، حـ٣٠ ، ص٢٢٦ .

(١٣٢) الموسوعة الفقهية ، حـ٣٠ ، ص٢٢٤ .

الفصل الثانى
فى
حكم العقد وتقسيماته

أولا : حكم العقد :

يطلق حكم العقد على عدة إطلاقات عند الفقهاء وذلك على الوجه التالى :

(أ) الآثار المترتبة على العقد شرعا . وتختلف من عقد إلى آخر ، وهذه الآثار هى :

١- نقل ملكية العين أو المنفعة ، سواء أكان ذلك بعوض أم بغير عوض ، كالبيع ، والهبة ، والإجارة .

٢- الالتزام بعمل معين . كعمل الوكيل وعمل الأجير .

٣- نشوء حق التوثيق . كما فى الكفالة ، والرهن .

(ب) الصفات الثابتة له نتيجة شرعيته أو عدمها . كقول الحنفية : هذا عقد صحيح ، وهذا عقد باطل ، وهذا عقد فاسد .

(ج) الصفات الثابتة له نتيجة ما للعقد من قوة تستلزم ترتب آثاره عليه فى الحال ، أو لا تستلزم ذلك . كالعقد النافذ ، والعقد الموقوف .

(د) الصفات الثابتة له نتيجة ما للعقد من قوة ملزمة أو ليست له هذه القوة . كقول الفقهاء : هذا عقد لازم وهذا عقد غير لازم .

ثانيا : تقسيمات العقد :-

ينقسم العقد إلى تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة ، فمن حيث **توفر الأركان وتحقق الشروط** ينقسم إلى : صحيح ، وفاسد ، وباطل . ومن حيث **الزمن الذى تترتب فيه آثاره عليه** ينقسم إلى : نافذ وموقوف . ومن حيث **إمكان التحلل من أثاره** ينقسم إلى : لازم ، وجائز . ومن حيث **اتصال آثاره بصيغته ، وعدم اتصالها** ينقسم إلى : منجز ، ومضاف ، ومعلق . ومن حيث **نوع آثاره** : إلى سبعة أقسام . ومن حيث **اشتراط لزوم القبض لتمامه وعدم لزومه لذلك** إلى : عينية ، وغير عينية .

وإليك بيان هذه التقسيمات .

التقسيم الأول : من حيث توفر الأركان وتحقق الشروط :

اختلف الفقهاء فى تقسيم العقد باعتبار توفر الأركان وتحقق الشروط وعدم ذلك . فذهب الجمهور إلى أنه ينقسم إلى : صحيح ، وغير صحيح . وذهب الحنفية إلى أنه ينقسم إلى صحيح ، وفاسد ، وباطل .

فالصحيح هو : ما كان مشروعا بأصله ووصفه ، بحيث يكون مستجمعا لأركانه وأوصافه . وهذا العقد يترتب عليه الأثر المقصود منه من وقت الانعقاد إذا كان نافذا ، ومن وقت الإجازة إذا كان موقوفا .

والعقد الفاسد هو : ما كان مشروعا بأصله دون وصفه . كالعقد فى حالة الإكراه ، والعقد على محل مجهول فى عقود المعاوضة . وهذا العقد يترتب عليه أثره إذا أزيل سبب الفساد .

أما العقد الباطل فهو ما لم يكن مشروعا بأصله ولا بوصفه . كعقد المجنون والصبى غير المميز . وهذا العقد لا يترتب عليه أثر ويلغى ويعتبر كأن لم

يكن [١٣٣].

التقسيم الثانى : من حيث ظهور الآثار وعدم ظهورها :

قسم أكثر الفقهاء العقد من هذه الناحية إلى عقد نافذ وعقد موقوف .

فالنافذ هو العقد الصحيح الذى لا يتعلق به حق الغير ويفيد الحكم فى الحال [١٣٤] أو هو : الذى يصدر ممن له أهلية التصرف وولايته ، سواء كانت الولاية أصلية ، أو نيابية . وحكم هذا العقد أنه لا يحتاج إلى الإجازة من أحد لترتب آثاره عليه .

أما العقد الموقوف فهو الذى يتعلق به حق الغير ، أو هو الذى يصدر ممن له أهلية التصرف دون الولاية . كمن يبيع سلعة لغيره بدون إذنه [١٣٥] وهو ما يسمى بالفضولى . وقد سبق حكمه .

التقسيم الثالث : من حيث اللزوم وعدمه :

ينقسم العقد من هذه الناحية إلى عقد لازم وعقد غير لازم .

فالعقد اللازم هو : ما لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الطرف الآخر .

---

(١٣٣) البدائع ، حـ٥ ، ص٣٠٥ . ابن عابدين ، حـ٤ ،ص١٠٠ . مجلة الأحكام العدلية م ١٠٩ ، ١١٠ . المنثور للزركشى ، حـ٢ ، ص٤٠٩ . بدية المجتهد ، حـ٢ ، ص١٦٣ . الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص٣١٠ . روضة الناظر ، ص٣١ . الموسوعة الفقهية ، حـ٣٠ ،ص٢٣٦ .

(١٣٤) درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، حـ١ ، ص٩٥ - ٣٠٤ .

(١٣٥) مجمع الأنهر ، حـ٢ ، ص٤٧ ، درر الحكام ، حـ١ ، ص٩٤ . ابن عابدين ، حـ٤، ص١٠٠ . الموسوعة الفقهية ، حـ٣٠ ، ص ٢٣٦ .

أما العقد غير اللازم فهو : ما يكون لأحد العاقدين فسخه دون التوقف على رضا الطرف الآخر . ويسمى بالعقد الجائز أيضا . ويرجع عدم اللزوم إلى سببين هما :

١- طبيعة العقد ذاته . كالوكالة ، والوديعة .

٢-اقتران العقد بالخيار . كخيار الشرط [١٣٦].

التقسيم الرابع: من حيث اتصال آثار العقد بصيغته وعدم اتصالها به:

ينقسم العقد من هذه الناحية إلي : منجز ، ومضاف ، ومعلق .

فالمنجز هو : ما كانت صيغته كافية لانعقاده ، وترتب آثاره عليه فى الحال. ويتحقق ذلك إذا لم تكن صيغته مضافة إلى زمن مستقبل ، ولا معلقة على شرط لا يمكن تحقيقه فى الحال . وهذا فى كل العقود التى لا تتوقف على القبض لتمامها ، كالبيع ، والإجارة ، والزواج ونحو ذلك . أما العقود التى لا تتم إلا بالقبض كالهبة . فإن الصيغة لا تكفى لاتمامها وترتب آثارها عليها وإنما يلزم القبض لتحقق هذا الغرض .

والأصل فى العقود أنها تقع منجزة ، إلا ما اقتضت طبيعته غير ذلك كالوصية ، والإيصاء . فإن آثار كل منهما لا تتحقق إلا بعد الوفاة .

أما العقد المضاف فهو : ما ينشأ بالصيغة فى الحال ، ولكن آثاره لا تترتب عليه إلا بعد مضى الزمن الذى أضيف إليه . كقول المؤجر : آجرتك هذا المنزل بمبلغ كذا اعتبارا من الشهر القادم .

---

(١٣٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٣٣٦ . المنثور للزركشى ، حـ٢ ، ص٤٠٠ . الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص٢٧٥-٢٧٦ . البدائع ، حـ٤ ،ص٢٢٢ . الموسوعة الفقهية ، حـ٣٠ ، ص٢٢٩ .

وتنقسم العقود من حيث قبولها للإضافة وعدم قبولها إلى ثلاثة أقسام هى :

١- **عقود لا تقبلها مطلقا** وهى : عقود التمليكات . كالبيع ، والزواج . لأن عدم ترتب آثارها عليها فى الحال يتنافى مع مقتضاها .

٢- **عقود تقتضى طبيعتها الإضافة** وهى : الوصية ، والإيصاء .

٣- **عقود قابلة للإضافة**: فيجوز أن تقع منجزة،كما تجوز إضافتها وهى:

أ) الإجارة ، والمزارعة ونحو ذلك . لأن محلها وهو المنفعة ، لا توجد إلا شيئا فشيئا ، فإضافتها إلى زمن مستقبل لا تنافى أصل وضعها .

ب) الحوالة ، والكفالة . لأن مطالبة كل من المحال عليه والكفيل ، قد لا تتم إلا بعد مضى زمن معين . فيتحقق معنى الإضافة فى كل منهما، فلا يتنافيان مع الإضافة إلى الزمن المستقبل .

ج) عقود الاسقاطات ، كالطلاق . لأن للمسقط تأخير ما يسقطه إلى زمن مستقبل .

د) عقود الاطلاقات ، كالوكالة .لأن طبيعتها تقتضى ذلك .

وأما **العقد المعلق على شرط** فهو : ما علق تنفيذ صيغته على أمر معين بأداة من أدوات الشرط ، بحيث إذا تحقق هذا الأمر نفذت الصيغة ، وإذا لم يتحقق لا تنفذ .

نحو إذا جاء موسم الحصاد فقد وكلتك فى بيع محصول القمح.

وتنقسم العقود من حيث قابليتها للتعليق وعدم قابليتها له إلى ثلاثة أقسام :

أ) عقود لا تقبله مطلقا وهى : عقود التمليكات سواء أكانت واردة على

العين أم على المنفعة ، وسواء كانت بعوض أو بدون عوض . كالبيع، والهبة ، والإعارة . وعقود المبادلات غير المالية كالزواج ، والتقييدات كالرجعة . ووجه ذلك مايلى :

١) إن الأصل فى العقود تحققها بمجرد وجود صيغتها ، فتعليقها على أمر محتمل الوجود ، يجعلها مترددة بين الوجود والعدم وهذا لا يجوز .

٢) إن هذه العقود يجب أن تكون جازمة ليتحقق فيها الرضا الذى هو الركن الجوهرى فى العقد ، فإذا انعدم هذا الجزم بتعليقها على شرط ، فإن الرضا قد يزول عندما يتحقق هذا الشرط ، فينعقد العقد بدونه وهذا لا يجوز .

ويرى بعض الفقهاء جواز تعليق عقود التمليكات على شرط . لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك .

ب) عقود قابلة للتعليق مطلقا : كالوصية ، والوكالة ، والطلاق . لأنه لا ضرر من هذا التعليق على أحد العاقدين .

ج) عقود وسط بين العقود السابقة : أى يصح تعليقها على نوع معين من الشروط دون النوع الآخر . كالكفالة ، والحوالة . فإنه يجوز تعليقها على الشرط الملائم دون غيره . فلو قال شخص : إن أقرضت فلانا مبلغ كذا فقد كفلته جاز ذلك . أما لو قال : إن نجحت فى الامتحان فقد كفلته فإنه لا يجوز . لعدم ملائمة الشرط للعقد .

التقسيم الخامس : <u>من حيث نوع الآثار المترتبة على العقد :</u>

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى عدة أقسام هى :

١- **عقود التمليكات** : وهى ما كان الغرض منها تمليك العين ، أو تمليك المنفعة بعوض أو بغير عوض .

فالتى بعوض هى : عقود المعاوضات . كالبيع ، والإجارة . ونحو ذلك . أما التى بغير عوض فهى عقود التبرعات، كالإعارة ، والوصية . ونحو ذلك.

٢- **عقود الاسقاطات** : وهى التى تسقط حقا لشخص قبل غيره . سواء كان إسقاطا محضا ، كالطلاق بلا مال ، والإبراء من الدين . أو كان بعوض ، كالطلاق على مال ، والعفو عن القصاص بمال .

٣- **عقود التفويضات والاطلاقات** : وهى التى تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده فى التصرف الذى كان ممنوعا عليه من قبل . كالوكالة ، والإيصاء . ونحو ذلك .

٤- **عقود التقييدات** : وهى التصرفات التى تمنع الشخص من القيام بتصرف كان قادرا على القيام به قبل ذلك . كعزل الوكيل ، وعزل الوصى ، ونحو ذلك .

٥- **عقود التوثيقات** : وهى التى يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه . كالكفالة ، والرهن . ونحو ذلك .

٦- **عقود الحفظ** : وهى التى يقصد بها حفظ المال . كالوديعة .

٧- **عقود الشركات** : وهى التى يكون الغرض منها الشركة فى العمل والأرباح . كشركة الأموال ، وشركة الأشخاص ونحو ذلك .

التقسيم السادس : من حيث لزوم القبض لتمام العقد وعدم لزومه :

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى عقود عينية ، وعقود غير عينية .

فالأولى هى : التى لا تتم إلا بالقبض. كالهبة، والقرض، والرهن . ونحو ذلك.

أما الثانية فهى : التى لا يتوقف تمامها على قبض العين ، وإنما تتم بالصيغة فقط . كالبيع ، والإجارة وغير ذلك من العقود غير العينية [١٣٧].

---

[١٣٧] الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٣٤٧ . البدائع ، جـ٧ ، ص١٣٩٩ . بداية المجتهد، جـ٢ ، ص٢١٨ . الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ، جـ٣ ، ص٢٢٦ . مواهب الجليل ، جـ٤ ، ص٥١٤ . مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ص٣١٠ . روضة الطالبين ، جـ٥ ، ص٥٥١ . كشاف القناع، جـ٤ ، ص٢٥٣ ، جـ٣ ، ص٢٧٥ . المغنى ، جـ٥، ص٢٥ . الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ٣٠ ، ص٢٣٠ وما بعدها .

الفصل الثالث
فى
اقتران العقد بالشرط وانتهائه

ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : فى اقتران العقد بالشرط .

المبحث الثانى : فى انتهاء العقد .

المبحث الأول
فى
اقتران العقد بالشرط

الشرط المقترن بالعقد هو : ما يذكره العاقدان فى العقد ، فيقيد أثره ، أو يعلقه بأمر زائد على أصله فى المستقبل [١٣٨].

والشروط المقترنة بالعقد تنقسم عند الجمهور إلى قسمين : صحيحة ، وغير صحيحة . أما الحنفية فقد قسموها إلى ثلاثة أقسام : صحيحة، وفاسدة ، وباطلة .

فالشرط الصحيح هو : ما تكون له صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره ، أو ما كان العقد يقتضيه ، أو يلائمه ، أو ما ورد دليل من الشرع على جوازه، أو ما جرى عليه التعامل . وأضاف الحنفية والشافعية والحنابلة أو كان يحقق مصلحة مشروعة للعاقد . ومن أمثلته : اشتراط القبض فى البيع ، أو اشتراط

---

(١٣٨) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم ، حـ٢ ، ص٢٢٥ . المنثور للزركشى ، حـ١ ، ص٣٧٠ . الموسوعة ، حـ٣٠ ، ص٢٣٨ .

الرهن أو الكفالة بالثمن المؤجل [١٣٩].

أما الشرط الفاسد أو الباطل فهو : مالا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقتضاه ، أو كان يؤدى إلى غرر ، أو اشتراط أمر لم يرد فى الشرع أو نحوه .

ومن هذه الشروط ما يبطل العقد ذاته . كبيع حيوان على أنه حامل . لما يتضمنه من الغرر [١٤٠] ، وكالعقد المتضمن الربا . لنهى الشارع عنه [١٤١]، وكالزواج المؤقت ونحو ذلك .

ومنها ما يصح معه العقد ولكنه يلغو ويعتبر كأن لم يكن [١٤٢]، كاشتراط الزواج بدون مهر ، فإن الزواج يصح ويلغو الشرط ويجب مهر المثل [١٤٣].

---

(١٣٩) البدائع ، جـ٥ ، ص١٧١ . حاشية الدسوقى ، جـ٣ ، ص٢٦٥ . المجموع ،جـ٩ ، ص٣٦٤ . كشاف القناع ، جـ٣ ، ص ١٨٩ .

(١٤٠) البدائع ، جـ٥ ، ص١٦٨ . حاشية الدسوقى ، جـ٣ ، ص٥٨ .

(١٤١) البدائع ،جـ٥ ، ص ١٦٨ وما بعدها . حاشية الدسوقى ، جـ٣ ، ص ٣٠٩ - ٣١٠. المهذب ، جـ١ ، ص٢٧٥ . كشاف القناع ، جـ٥ ، ص ٩٧ .

(١٤٢) البدائع ، جـ٥ ، ص١٧٠ . الموسوعة ، جـ٣٠ ، ص٢٣٨ - ٢٣٩ .

(١٤٣) عقد الزواج للمؤلف ، ص٨٢ ، ط١ / ١٩٨٥م .

المبحث الثاني
في
انتهاء العقد

ينتهي العقد بأحد الأسباب التالية :

١- الفسخ : هو حل ارتباط العقد ، ورفع حكمه بالإرادة [١٤٤]. ويكون في العقود غير اللازمة بطبيعتها وهي العقود الجوازية . كالوكالة ، والمضاربة ، والشركة ، والوديعة.

فهذه العقود ونحوها يجوز فسخها بإرادة كل من العاقدين ما لم يتضرر الطرف الآخر منه .

كما يكون في العقود اللازمة إذا كان فيها خيار لأي من الطرفين أو كليهما، فيجوز فسخها بإرادة صاحب الخيار [١٤٥]. ومن أمثلة هذه العقود : البيع ، الإجارة ، المزارعة ونحو ذلك .

٢- الإقالة : هي رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره باتفاق العاقدين [١٤٦] ومحلها العقود اللازمة من الطرفين مما يقبل الفسخ بالخيار لعدم قبولها للفسخ إلا بإرادة العاقدين . ولا تصح في العقود غير اللازمة ، ولا في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ بالخيار . كالنكاح ، والوقف [١٤٧].

---

(١٤٤) حاشية القليوبي ، حـ٢ ، ص١٩٥ - ٢٨٠ .

(١٤٥) الموسوعة الفقهية ، حـ٣٠ ، ص٢٤٠ .

(١٤٦) البحر الرائق، حـ٦ ، ص١١٠ . الخرشي ، حـ٥ ، ص١٦٩ . الأم ، حـ٣ ، ص٦٧. المغني ، حـ٤ ، ص١٣٥ .

(١٤٧) المبسوط ، حـ٢٩ ، ص٥٥ . العناية على الهدية ، حـ٦ ، ص٤٩٢ . المدونة ، حـ٥، ص٨٣ . مختصر المزني على الأم، حـ٢ ، ص٢٨ . مغني المحتاج ، حـ٢ ، ص٤٣٣ . كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٢٢٥ .

٣- انتهاء المدة أو العمل : تنتهى العقود المحددة بمدة معينة بانتهاء هذه المدة . كعقد الإجارة المقيد بمدة معينة فإنه ينتهى بانتهائها إلا إذا كان هناك عذر يقتضى امتدادها . كأن يكون فى الأرض زرع لم يحصد [١٤٨].

كما تنقضى الإجارة على عمل معين بانتهاء هذا العمل . وذلك فى إجارة الأشخاص . كالحمال ، والقصار ، والخياط. إذا انهوا العمل المتفق عليه [١٤٩].

٤- هلاك المحل : ينتهى العقد بهلاك محله لتعذر دوام العقد . فإذا انهدمت الدار المستأجرة انفسخ عقد الإجارة ، وإذا تلف مال المضاربة انفسخت المضاربة وهكذا .

وهذا السبب يؤثر فى العقود المستمرة التى تدوم آثارها بدوام محلها [١٥٠]. أما العقود التى يظهر أثرها فورا – كعقد البيع – فإنه لا يؤثر فيها هلاك المحل بعد قبض البدلين بالاتفاق . أما قبل القبض ، فقد اختلف الفقهاء فى أثر هلاك المحل فى انفساخ العقد .

وعلى ذلك لو هلك المبيع قبل قبضه فإن البيع ينفسخ عند الحنفية [١٥١]. والشافعية [١٥٢]. لعدم الفائدة من بقاء العقد حيث يتعذر تنفيذه .

وذهب المالكية [١٥٣]والحنابلة [١٥٤] إلى أنه إذا كان المبيع مما فيه حق توفية

---

(١٤٨) الفتاوى الهندية ، حـ٤ ، ص٤١٤ . الهداية مع فتح القدير ، حـ ، ص. المهذب ، حـ١ ، ص٤١٠ . المغنى ، حـ٦ ، ص٦٧ .

(١٤٩) الهداية ، حـ ، ص. الموسوعة ، حـ٣٠ ، ص٢٤٠-٢٤١ .

(١٥٠) ابن عابدين ، حـ٥ ، ص ٥٢ . الفتاوى الهندية ، حـ٤ ،ص٤٦١ . الحطاب ، حـ٤ ،ص٤٣٢ . الوجيز ، حـ١ ،ص١٣٦ . قليوبى ، حـ٣ ، ص٨٤ . المغنى ، حـ٥ ، ص٤٧٣ . الشرح الصغير للدردير ، حـ٤ ، ص٤٩ .

(١٥١) ابن عابدين ، حـ٤ ، ص٤٦ . الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص٢٨٧ .

(١٥٢) حاشية القليوبى ، حـ٢ ، ص٢١٠ – ٢١١ .

(١٥٣) الشرح الصغير ، حـ٣ ، ص١٩٥ – ١٩٦ .

(١٥٤) المغنى ، حـ٣ ، ص٥٦٩ .

للمشترى – وهو المال المثلى – انفسخ العقد ، وعلى البائع الضمان . أما إذا كان المبيع غير ذلك بأن كان معينا وعقارا أو كان مالا قيميا فإن العقد لا ينفسخ وينتقل الضمان إلى المشترى إذا كان العقد صحيحا لازما [١٥٥].

٥- الوفاة : تنفسخ العقود غير اللازمة وتنتهى بوفاة أحد العاقدين أو كليهما. لأنها تنفسخ بالإرادة وتستمر بالإرادة ، فإذا توفى العاقد فقد بطلت إرادته ، وبالتالى تبطل آثار هذه العقود التى كانت تستمر باستمرار إرادة العاقدين [١٥٦].

أما العقود اللازمة فإن الوفاة لا تؤثر فى انفساخها باستثناء عقد الإجارة ، فقد اختلف فيه الفقهاء . فذهب الحنفية [١٥٧] إلى أنه ينفسخ بالوفاة . لأن المنافع ليست بمال عندهم فلا تنتقل إلى الورثة فينفسخ العقد .

وذهب الجمهور [١٥٨] إلى أن الإجارة لا تنفسخ بالوفاة خلال مدة العقد . لأن المنافع أموال عندهم فتنتقل إلى الورثة .

٦- الأعذار : اختلف الفقهاء فى فسخ الإجارة بالأعذار . فذهب الحنفية إلى أنها تنفسخ بها . لأن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الإجارة ، كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندهم . وذلك كمن استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب

---

(١٥٥) الموسوعة الفقهية ، جـ٣٠ ، ص٢٤١ – ٢٤٢ .

(١٥٦) جواهر الإكليل ، جـ٢ ، ص١٤٦ . نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص١٣٠ . المغنى ، جـ٥، ص٢٢٥ .

(١٥٧) البدائع ، جـ٤ ، ص٢٢٢ . الاختيار ، جـ٢ ، ص٦١ .

(١٥٨) جواهر الإكليل ، جـ٢ ، ص١٤٦ . نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص١٣٠ . المغنى ، جـ٥، ص٢٢٥

ماله . انفسخ العقد .

كما أن انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن الشرع والعقل . لأنه يقتضى أن من اشتكى ضرسه ، فاستأجر من يقلعها ، فسكن الوجع يجبر على القلع وهذا قبيح شرعا وعقلا .

وذهب المالكية إلى انفساخ الإجارة بالأعذار كما قال الحنفية إلا أنهم لم يتوسعوا فى الأعذار توسع الحنفية . وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز فسخ الإجارة بالأعذار . لأن المنافع بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع .

٧- بيع العين المؤجرة : ذهب الجمهور إلى أن الإجارة لا تنفسخ إذا بيعت العين المستأجرة لغير المستأجر . لأن المعقود عليه فى البيع هو العين ، والمعقود عليه فى الإجارة هو المنافع فلا تعارض بينهما .

وذهب المالكية – فى حالة عدم وجود تهمة، والشافعية فى مقابل الأظهر – إلى أن الإجارة تفسخ بالبيع. لأنها تمنع من التسليم ، والبيع يقتضيه فتناقضا .

٨- الغصب : تنفسخ بعض العقود بغصب محلها كالإجارة فإنها تنفسخ بغصب محل العقد وهو العين المؤجرة .

٩- الإستحقاق : ذهب الجمهور إلى أنه إذا استحق المبيع فان البيع ينفسخ وينتهى حكمه . وذهب الحنفية إلى أن العقد يكون موقوفا على إجازة المستحق فإن أجازه نفذ ، وإلا يفسخ ويسترد المشترى الثمن من البائع .



فهرس